دلیل

تحریر الوسیلة

الشرکة و القسمة

نویسنده :
علی اکبر سیفی مازندرانی

بسم الله الرحمن الرحیم

دلیل تحریر الوسیلة (الشرکة و القسمة)

نویسنده:

علی اکبر سیفی مازندرانی

ناشر چاپی:

موسسه تنظیم و نشر آثار الامام الخمینی

ناشر دیجیتالی:

مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان

الفهرس

دلیل تحریر الوسیلهٔ – الشرکهٔ و القسمهٔ

اشارهٔ

نام کتاب: دلیل تحریر الوسیلهٔ- الشرکهٔ و القسمهٔ

موضوع: فقه استدلالی

نویسنده: مازندرانی، علی اکبر سیفی

تاریخ وفات مؤلف: ه ق

زبان: عربی

قطع: وزیری

تعداد جلد: ۱

ناشر: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره

تاریخ نشر: ۱۴۲۷ ه ق

نوبت چاپ: اول

مکان چاپ: تهران- ایران

شابک: ۴- ۸۲۲- ۳۳۵- ۹۶۴

[مقدمات التحقق]

مقدّمهٔ الناشر

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ

إنّ «تحریر الوسیلهٔ» هو خیر وسیلهٔ یبتغیها المکلّف فی سیره و سلوکه، و هو أوثقها عُرًی، و أصلحها منهاجاً؛ لِما امتاز به من سداد فی تحدید الموقف العملی، و إصابهٔ فی تشخیص الوظائف المُلقاهٔ علی عاتق المکلّفین، و ذلک علی ضوء الدلیلین: الاجتهادی و الفقاهتی، النابعین من الکتاب و السنّهٔ. ناهیک عن جمعه للمسائل العملیهٔ، و نأیه عن المسائل ذات الصبغهٔ النظریهٔ التی لا تمسّ إلی واقعنا المُعاش بصلهٔ.

و لئن کتب الشهید الأوّل قدّس اللّه نفسه الزکیهٔ کتاب «اللّمعهٔ الدمشقیّهٔ» و هو سجین، فإنّ إمامنا العظیم نوّر اللّه ضریحه قد ألّف هذا الکتاب حینما کان منفیّاً فی مدینهٔ بورسا الترکیهٔ من قبل الطاغوت الغاشم، و لم یکن بحوزته إلّا «وسیلهٔ النجاهٔ» و «العروهٔ الوثقی» و «وسائل الشیعهٔ».

نعم، لم تکن بیده المبارکهٔ إلّا هذه الکتب الثلاثهٔ، و لکنّ نفسه العلویهٔ لو لم تکن خزانهٔ للعلوم الحقّهٔ، و فؤاده مهبطاً للإلهام و التحدیث، لامتنع وجود هذا السفر الخالد فی تلک الظروف العصیبهٔ.

و نظراً إلی أهمّیهٔ هذا الکتاب، و ضرورهٔ نشره علی مختلف المستویات

دلیل تحریر الوسیلهٔ - الشرکهٔ و القسمهٔ، ص: ۶

و الأصعدهٔ؛ لذا فقد أخذت مؤسّسهٔ تنظیم و نشر آثار الإمام الخمینی قدس سره علی عاتقها نشر شروح و تعالیق العلماء المحقّقین علی «تحریر الوسیلهٔ» و من نفقتها الخاصّهٔ.

و یعدّ الکتاب الذی بین یدیک، واحداً من هذه السلسلة الضخمة التی تروم مؤسّستنا طبعها، و هو شرح لمباحث الشرکة من «التحریر»، تألیف الشیخ علی أکبر السیفی المازندرانی دام بقائه.

نسأل اللّه تعالی أن یوفّقه و إیّانا و أن یختم لنا جمیعاً بالحسنی إنّه سمیع الدعاء.

مؤسّسة تنظیم و نشر آثار الإمام الخمینی قدس سره

فرع قم المقدّسة

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۷

مقدّمة المؤلّف

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیم

الحمد للّه ربّ العالمین أحمده استتماماً لنعمته، و استسلاماً لعزّته و استعصاماً من معصیته، و أستعینه فاقةً إلی کفایته.

و الصلاة علی محمّد عبده و رسوله المصطفی، أرسله بالهدی و دین الحقّ، و جعله بلاغاً لرسالته، و کرامةً لُامّته، و أنزل علیه القرآن نوراً لا تطفأ مصابیحه، و بحراً لا یدرک قعره، و منهاجاً لا یضلّ نهجه، و فرقاناً لا یخمد برهانه.

و السلام علی آله المعصومین المکرّمین الذین هم معادن الإیمان و بحبوحاته، و ینابیع العلم، و أساس الدین، و عماد الیقین.

و نسأل اللّه سبحانه أن یوفّقنا لمعرفتهم و طاعتهم، و نشر علومهم و معارفهم، و یرزقنا شفاعتهم یوم نأتیه فرداً.

و أمّا بعد: فقد دوّنت هذا الکتاب علی أساس متن «تحریر الوسیلة» للإمام الخمینی الراحل قدس سره، بعد التحقیق و الدراسة و إلقاء مباحثه إلی عدّة من الفضلاء و حلّ المعضلات و غوامض الإشکالات التی اوردت فی حلقات البحوث.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۸

و الذی ینبغی أن نشیر إلیه هاهنا، هو أنّ منهجنا فی تحقیق مسائل هذا الکتاب یبتنی علی أساس المراحل التالیة.

۱- ابتدأنا فی تحقیق الفروعات المهمّة بالتتبع فی آراء الفقهاء و تحریر أقوالهم، و لا سیّما القدماء و فحول المتأخّرین و المعاصرین و تعیین القول المشهور أو الأشهر. و ترتیب أقوالهم علی أساس ما به الاختلاف بینهم.

۲- ثمّ تعرّضنا للوجوه المستَدلّ بها لکلِّ قولٍ من الأقوال المذکورة، و أشرنا إلی موافقة السید الماتن لواحدٍ منها. و بالطبع یتّضح وجه مخالفته لسائر الأقوال.

۳- ثمّ تعرّضنا فی کلّ مسألة إلی ما ادّعی أو نقل من الإجماعات المحصّلة و المنقولة، و أشرنا إلی عدم صلاحیة غالب هذه الإجماعات للدلیلیة؛ نظراً إلی وجود ما یصلح للدلیلیة من آیات الکتاب و نصوص السنّة و القواعد العامّة، و إلی أنّ استناد الأصحاب إلیها فی مقام الاستدلال، أو کونها فی مظانّ استدلالهم بها، ینفی حجّیة الإجماع؛ لعدم کشفه تعبّداً عن رأی المعصوم حینئذٍ، و فقدان ملاک حجّیته.

۴- حیث إنّا بنینا علی انجبار ضعف سند الخبر بعمل المشهور، کما أثبتنا ذلک فی کتابنا «مقیاس الروایة». فمن هنا نوافق رأی السید الماتن فی أمثال هذا المورد. و لکنّه فیما إذا لم تتعارض الأخبار، و إلّا فإنّما الشهرة الروائیة هی التی ترجّح بها إحدی الطائفتین المتعارضتین بعد استقرار تعارضهما، و لا تصلح الشهرة الفتوائیة للدلیلیة علی ترجیح إحدی الطائفتین حینئذٍ.

و أمّا إعراض المشهور، فلیس عندنا موجباً لوهن الخبر الصحیح، و قد أثبتنا ذلک أیضاً فی کتابنا المشار إلیه. و لکن ذلک فیما إذا کان المخالف للمشهور جماعة

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۹

معتنی بهم مع تعرّضهم للمسألة و مخالفتهم، و إلّا فلو انحصر المخالف فی واحد أو اثنین من القدماء أو المتأخّرین، أو لم یتعرّض سائر

القدماء لعنوان المسألة أو تعارضت النصوص و کانت الموافقة منها لرأی المشهور مشتهرةً من حیث الروایة، فلا إشکال فی رفع الید عن تلک الروایة المخالفة للمشهور، و إن کانت صحیحة.

و ذلک إمّا لتسالم الأصحاب علی خلافها أو لأجل شهرتها الروائیة.

۵- قد یتّفق فی خلال الاستدلال ببعض النصوص تصحیح سنده بقاعدة تبدیل السند، مشیراً إلی مفاد القاعدة، کما فی طریق الشیخ إلی علی بن الحسن بن الفضّال. و قد فصّلنا البحث عن هذه القاعدة فی کتابنا «مقیاس الرواة»، فراجع.

۶- و قد أشرنا إلی وجه تصحیح بعض الاصول الروائیة، مثل کتاب علی بن جعفر بطریق صاحب الوسائل، لا طریق العلّامة المجلسی فی البحار. و أیضاً أشرنا إلی ضعف بعضها الآخر فی هذا الکتاب، و لکن بحثنا عن تفصیل ذلک کلّه فی کتابنا المشار إلیه، فراجع.

۷- و قد فحصنا عن حال آحاد الرواة الواقعین فی أسناد الروایات التی یدور مدارها رحی الاستدلال و الاستنباط فی المسألة. و نشیر إلی قواعد رجالیة لإثبات أو نفی وثاقة الراوی أو اعتبار روایته. و إنّما ذلک فی الرواة الذین وقع الخلاف فی اعتبار روایاتهم. و بنینا فی أمثال هذه الموارد علی اعتبار روایات من کان صاحب أصل و کثیر الروایة و واقعاً فی ضمن توثیق عامّ، مع نقل أجلّاء الأصحاب عنه، و عدم ورود قدح فی حقّه. و قلنا: إنّ هذه القرائن- إذا توفّرت فی حقّ أحد- تورث الوثوق النوعی بحسن حاله، بل تکشف عادةً عن اعتبار روایته، بل عن وثاقته، و إلّا

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۱۰

لو کان فی مثله قدحٌ لبان. و أیضاً أشرنا إلی قواعد عامّة اصولیة خلال المباحث و الاستدلال.

هذه الخصوصیات هی أهمّ ما یبتنی علیه منهجنا فی تحقیق المسائل المهمّة و بها یمتاز هذا الکتاب.

و فی الختام أرجو من الفضلاء الکرام و العلماء الأبرار أن یسامحوا موارد زلّاتی و یذکّرونی فی مواضع الخطأ، فإنّ أحبّ إخوانی من أهدی إلیَّ عیوبی. غفر اللّه لی و لکم و تقبّل منّی آمین.

علی أکبر السیفی

المازندرانی

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۱۱

کتاب الشرکة

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۱۳

[القول فی الشرکة]

اشارة

و هی کون شیء واحد لاثنین أو أزید (۱)، تحریر الوسیلة ۱: ۵۹۱

تعریف الشرکة

المعنی اللغوی

(۱) ۱- لفظ الشرکة و مادّتها فی اللغة بمعنی المقارنة و عدم الانفراد.

قال ابن فارس فی مقاییس اللغة: «الشین و الراءُ و الکاف أصلان: أحدهما یدلّ علی مقارنة و خلاف الانفراد و الآخر یدلّ علی امتداد

و استقامة.

فالأوّل: الشركة، و هو أن يكون الشيءُ بين اثنين لا ينفرد به أحدهما ... و أمّا الأصل الآخر: فالشرك لقم الطريق ... و منه شَرَك الصائد، سمِّی بذلک لامتداده» «۱».

قوله: لقم الطريق؛ أی فوهة الطريق و يقال له فی الفارسية: دهانهٔ راه.

و المناسب للمقام هو المعنی الأوّل و هو المقارنة و عدم الانفراد. و هذا يقارب ما فسّر به فی الجواهر «۲» ماهية الشركة لغةً، بقوله: «ماهية الشركة لغةً

---

(۱)- مقاييس اللغة ۳: ۲۶۵.

(۲)- جواهر الكلام ۲۶: ۲۸۴.

...

- علی ما قيل- الاختلاط و الامتزاج شيوعاً أو مجاورةً».

و نظيره ما قال فی المفردات: «الشركة و المشاركة خلط الملكين. و قيل: هو أن يوجَدَ شیءٌ لاثنين فصاعداً، عيناً كان ذلک الشیء أو معنیً.

المعنی الاصطلاحی

و اختلف الفقهاءُ فی تعريف الشركة، و وقع بينهم النقض و الإبرام فی ذلک.

و قد يقال «۱»: لفظ الشركة فی تعابير الفقهاء جاءَ بمعناه اللغوی، و هو ما يقابل الاختصاص، و إنّه ليس لهم فی المقام اصطلاح خاصّ، بل إنّما اريد منه مصداق خاص من معناه اللغوی. و فيه نظرٌ ستعرف فی تحرير كلمات الفقهاء.

و قد عرّفها فی الشرائع بقوله: «الشركة اجتماع حقوق المُلّاک فی الشیء الواحد علی سبيل الشياع». و جعل صاحب الجواهر هذا التعريف ماهية الشركة شرعاً، و فرّق بينه و بين تعريفها اللغوی؛ حيث قال فی بيان ماهيتها اللغوية: «إنّ ماهية الشركة لغةً- علی ما قيل-: الاختلاط و الامتزاج شيوعاً أو مجاورةً، و شرعاً اجتماع حقوق المُلّاک » «... ۲».

قوله: شيوعاً؛ أی سريان الاختلاط و الامتزاج و شيوعهما فی جميع أجزاء المال، إمّا بالدقّة كامتزاج السمن بالزيت أو عرفاً كاختلاط أدقّة الحبوبات. كما لو امتزج دقيق الحنطة بدقيق الشعير من كيسين لزيد و عمرو مثلًا. و إمّا بالمجاورة كاختلاط الحبوبات، كما لو اختلط عدّة كيس من الأرز أو الحنطة بعضها لزيد و بعضها لعمروٍ، أو اشتبه كيس كلّ منهما بكيس الآخر.

---

(۱)- المبانی فی شرح العروة الوثقی ۳۱: ۱۸۱.

(۲)- جواهر الكلام ۲۶: ۲۸۴.

...

و يعلم من ذلک وجه المناقشة فيما قال بعض الأعلام «۱» من كون لفظ الشركة فی كلمات الفقهاء مستعملًا فی معناه اللغوی، فإنّک

تری صاحب الجواهر قابَلَ بین معناه اللغوی و بین معناه الشرعی. نعم فی الحدائق «۲» أنّ هذا التعریف هو المتبادر لغة و عرفاً من لفظ الشرکة.

و هذا التعریف الذی ذکره فی الشرائع جاءَ فی القواعد و غیرها أیضاً، بل نسبه السید الحکیم «۳» إلی المشهور. و قد نقل فی المفتاح «۴» هذا التعریف عن جماعة من فحول القدماء و المتأخّرین، و نسب إلی المحقّق الأردبیلی أنّه وصف هذا التعریف بأنّه المشهور.

و قد ناقش فی جامع المقاصد بقوله: «و فی التعریف نظرٌ؛ لانتقاضه بالشرکة فی القصاص، و حدّ القذف، و الخیار، و الرهن، و الشفعة، و نحو ذلک، فإنّه لیس هناک ملک حقیقی فلا مالک حقیقة. و قد صرّحوا بأنّ هذا أحد أقسام الشرکة الثلاثة» «۵».

و رُدّ ذلک بأنّ الحقّ نوع من الملک، و إنّما الاختلاف بینهما بحسب المورد، لا غیر. و علی أیّ حال زاد فی العروة «ملکاً أو حقاً»؛ فراراً عن هذا الإشکال.

ثمّ إنّه یفترق التعریف الاصطلاحی عن التعریف اللغوی المذکور فی الجواهر بإضافة قیدین.

أحدهما: کون المختلط قابلًا للتملّک و الملکیة، و إلّا لا یصدق ما جاء

---

(۱)- المبانی فی شرح العروة الوثقی ۳۱: ۱۸۱.

(۲)- الحدائق الناضرة ۲۱: ۱۴۸.

(۳)- مستمسک العروة الوثقی ۱۳: ۳.

(۴)- مفتاح الکرامة ۷: ۳۸۸.

(۵)- جامع المقاصد ۸: ۸.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۱۶

...

فی التعریف الاصطلاحی من اجتماع حقوق المُلّاک.

ثانیهما: کون اجتماع الحقوق علی سبیل الشیاع لا علی سبیل المجاورة ممّا لا یرتفع فیه التمییز بالاختلاط و المجاورة، کاجتماع حقوق الملّاک فی موارد اختلاط الحبوبات المختلفة جنساً أو وصفاً، أو فی مثل دارٍ کان خشبها لواحدٍ و حدیدها لآخر و طینها لثالث و هکذا فکانت ملکاً لعدّة أشخاص، فحینئذٍ و إن تحقّق اجتماع حقوق الملّاک فی شیء واحد، لکن لا علی سبیل الشیاع، بل علی سبیل المجاورة.

فإنّ شیئاً من هذین القیدین لم یؤخذ فی التعریف اللغوی. و بذلک صار التعریف الاصطلاحی أخصّ من التعریف اللغوی.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۱۷

...

أقسام الشرکة و أسبابها

[أقسام الشرکة]

اشارة

قد قسّم الفقهاء الشركة من جهات:

الاولى: تقسيمها من جهة سنخ وجود سببها إلى تكوينية و اعتبارية.

الثانية: تقسيمها من جهة سبب حصولها إلى مزجية، و هى ما كان سببها الامتزاج الرافع للتميز، و إلى غير مزجية.

ثمّ المزجية إلى ظاهرية و واقعية. و الظاهرية إلى قهرية و اختيارية. و الواقعية إلى عقدية و غير عقدية.

ثمّ الواقعية غير العقدية- و هى ما كان سببها غير العقد- إلى قهرية كالإرث المشترك، و اختيارية كالحيازة و الإحياء على وجه الاشتراك.

و الأصح أنّ المزجية كلّها من قبيل الواقعية؛ لعدم اعتبار قصد الشركة فى الواقعية المزجية بعد ارتفاع التميز.

و قسّموا الواقعية العقدية إلى ما كان سببها عقد ناقل- غير عقد الشركة- إمّا بالتشريك أو بغير التشريك، و ما كان سببها عقد الشركة.

و هذا النوع من الشركة العقدية هو المعقود لأجله البحث فى كتاب الشركة.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۱۸

...

الثالثة: تقسيمها من جهة سنخ الشركة و ماهيتها- لا سببها- إلى إشاعية و بدلية و إلى الكلّى فى المعيّن.

الرابعة: تقسيمها من جهة سائر الخصوصيات الراجعة إلى الشركاء أو كيفية الاشتراك أو ما فيه الشركة، إلى شركة العنان (الأموال)، و شركة الأبدان (الأعمال)، و شركة المفاوضة و شركة الوجوه.

الخامسة: تقسيمها من جهة متعلّق الشركة و ما تتحقّق فيه، إلى الشركة فى الأعيان و الديون و الحقوق و المنافع.

و إليك تعريف كلّ واحد من هذه الأقسام و ما اورد عليه من المناقشات و الإشكالات و الدفوع.

الشركة التكوينية و الاعتبارية

ثمّ إنّ مفهوم الشركة قد يتحقّق فى الامور التكوينية الخارجية، كأن يتحقّق أمرٌ و يحدث حدث بفعل اثنين أو أزيد؛ بحيث يُسند ذلك الفعل إليهم جميعاً، فيقال:

إنّهم اشتركوا فى قتل فلان أو حفر ذلك البئر أو إحياء تلك الأرض. و هذا المعنى هو المراد فى قوله تعالى: «وَ لَمْ يَكُنْ لَهُ شَرِيكٌ فِي الْمُلْكِ» «۱» * و قوله تعالى: «أَمْ جَعَلُوا لِلّهِ شُرَكاءَ خَلَقُوا كَخَلْقِهِ فَتَشابَهَ الْخَلْقُ عَلَيْهِمْ» «۲».

و قد يتحقّق فى الامور الاعتبارية، من ملكٍ أو حقٍّ؛ لأنّ كلّاً من الملك و الحقّ قد يختصّ بشخص واحد، و قد يكون لاثنين أو أزيد. و من هنا أضاف فى العروة على التعريف المزبور «ملكاً أو حقاً». و بهذا المعنى جاءَ فى قوله تعالى: «فَإِنْ كانُوا

---

(۱)- الفرقان (۲۵): ۲.

(۲)- الرعد (۱۳): ۱۶.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۱۹

...

أَكْثَرَ مِنْ ذلِكَ فَهُمْ شُرَكاءُ فِي الثُّلُثِ» «۱». و قوله تعالى: «وَ جَعَلُوا لِلّهِ مِمّا ذَرَأَ مِنَ الْحَرْثِ وَ الْأَنْعامِ نَصِيباً فَقالُوا هذا لِلّهِ بِزَعْمِهِمْ وَ هذا لِشُرَكائِنا فَما كانَ لِشُرَكائِهِمْ فَلا يَصِلُ إِلَى اللّهِ وَ ما كانَ لِلّهِ فَهُوَ يَصِلُ إِلى شُرَكائِهِمْ ساءَ ما يَحْكُمُونَ» «۲».

فإنّ الشـرکة فی خلق السـماوات و الأرض هی تکوینیة خارجیة، و أمّا فی باب الإرث و فیما جعله المشـرکون للّه بزعمهم و اعتبروه له تعالی؛ من ملکیة حصّة من الحرث و الأنعام، اعتباریة. و کذا فیما جعلوه لشرکائهم الذین هم الأوثان.

و أمّا الامتزاج الرافع للتمییز بین أجزاء شـیئین، کامتزاج المائعات و الأدقّة، فهو من قبیل الشـرکة الحقیقیة- التی هی من أقسام الشـرکة الاعتباریة- و لیس من قبیل الشرکة التکوینیة.

و لاـ إشـکال فی دخول القسم الثـانی فی محـلّ الکلاـم. و أمّـا القسم الأوّل فإنّما یـدخل فی محلّ الکلام إذا کان للمسبّب مالیـة قابلة للاشتراک و قصد الفاعلون بفعلهم الشرکة کقلع شجرة أو حیازة شیءٍ أو حفر بئر أو إحیاء أرض مشترکاً. و فی الحقیقة تکون الشرکة التکوینیة سبباً للشرکة الاعتباریة فی مثل هذه الموارد.

تقسیم آخر الشرکة إمّا ظاهریة أو واقعیة.

اشارة

و الواقعیة إمّا عقدیة أو غیر عقدیة. و کلٌّ من الشرکة الظاهریة و الواقعیة غیر العقدیة إمّا قهریة أو اختیاریة.

و هل یعتبر فی الشـرکة الواقعیة الاختیار و قصد الشـرکة، فیُجعل ما لم یکن عن اختیار و لا بقصد الشـرکة من قبیل الشرکة الظاهریة أم لا، بل تتحقّق

---

(۱)- النساء (۴): ۱۲.

(۲)- الأنعام (۶): ۱۳۶.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۲۰

...

الشرکة الواقعیة بمجرّد المزج التامّ، و لو بغیر اختیار؟

قال فی الشرائع: «و کلّ مالین مزج أحدهما بالآخر؛ بحیث لا یتمیّزان تحقّقت فیهما الشرکة، اختیاراً کان المزج أو اتّفاقاً» «۱».

و قال فی الجواهر فی ذیله: «مقصوداً به الشرکة أو لا، بلا خلاف أجده فیه، بل الإجماع بقسمیه علیه» «۲».

و قال فی القواعد: «و تحصل الشرکة بالمزج، سواءٌ کان اختیاریاً أو اتّفاقاً» «۳».

و عرفت من إطلاق کلام المحقّق و العلّامة تحقّق الشـرکة الواقعیة بالمزج مطلقاً، سواءٌ کان المزج قهریاً أو اختیاریاً، قصد به الشرکة أم لا، کما عرفت آنفاً من تفسیر صاحب الجواهر لکلام المحقّق.

و لکن فی الجواهر «۴» خصّ الواقعیة منها بالمزج الاختیاری الذی بقصد الشـرکة. و أمّا إذا کان قهریاً أو بغیر قصد الشرکة، فجعله من قبیل الشرکة الظاهریة الحکمیة التی تترتّب علیه أحکام الشرکة ظاهراً؛ بمعنی أنّه لا إشاعة فی الملکیة واقعاً، بحیث لو اتّفق العلم بکون بعض أجزاء المال لأحـدهما لم یکن للآخر شـرکة فیه، بل لو بقی من ذلک المال المختلط ما لا یمکن أن یکون ملکاً لهما معاً، یرجع فیه إلی القرعة لتعیین مالکیته لأحدهما.

فإنّه قدس سره بعد تفصیل الکلام «۵» فی ذلک قال فی ذیل کلام صاحب الشرائع

---

(۱)- شرائع الإسلام ۲: ۱۰۵.

(۲)- جواهر الكلام ۲۶: ۲۹۱.

(۳)- قواعد الأحكام ۲: ۳۲۶.

(۴)- جواهر الكلام ۲۶: ۲۹۱.

(۵)- نفس المصدر: ۲۸۸- ۲۸۹.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۲۱

...

المزبور: «لكن قد عرفت سابقاً الفرق بين المزج الاختيارى المقصود فيه الشركة و غيره بالملك مشاعاً فى نفس الأمر فى الأوّل، بخلاف الثانى و إن عومل معاملته فى الأحكام، إلّا أنّه لو فرض اتّفاق العلم ببعضه لأحدهما لم يكن للآخر شركة فيه» «۱».

كلام السيد الحكيم

اشارة

و قد جعل السيد الحكيم «۲» ما قال فى الجواهر مقتضى القواعد العامّة، و رتّب عليه عدم اعتبار ما ذكروه فى الشركة الواقعية الحقيقية فى الظاهرية منها، و أنّها لا تتوقّف فى ترتيب آثار الشركة و أحكامها ظاهراً على أكثر من الامتزاج.

و لكنّه قدس سره جعل مقتضى التحقيق حصول الشركة الحقيقية بنفس الامتزاج الرافع للتمييز، بل عدّه من ضروريات الفقه فى الجملة و استظهره من كلمات الأصحاب؛ حيث قال- بعد كلامه المزبور-: «هذا، و لكنّ التحقيق أنّ الامتزاج بين المالين الموجب لارتفاع التمييز بينهما موجب للشركة الحقيقية، كما هو ظاهر الأصحاب، و إن كانت أجزاءُ المالين متميّزة فى نفس الأمر. فإنّ ذلك من الأحكام العرفية الممضاة لدى الشارع المقدّس. بل إنّ ذلك فى الجملة من الضروريات الفقهية و العرفية و قد حكى عن التذكرة الإجماع عليه و فى المسالك أنّه لا خلاف فيه» «۳».

ثمّ ركّز الإشكال فيما لا يتحقّق فيه مزج رافع للتميّز ممّا كان له أفراد كبيرة جسيمة متميّزة، كما فى القيميات مثل الثوب و الخشب و العبيد و الإماء و الحيوانات،

(۱)- جواهر الكلام ۲۶: ۲۹۱.

(۲)- مستمسك العروة الوثقى ۱۳: ۵.

(۳)- نفس المصدر: ۶.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۲۲

...

و استشهد لذلك بما حكى عن المقداد، و بقول صاحب الشرائع حيث قال: «و أمّا ما لا مثل له- كالثوب و الخشب و العبد- فلا يتحقّق فيه المزج». ثمّ قال قدس سره «۱» ما يتحصّل فى امور:

۱- إنّ التعبير بالشركة الظاهرية لم يُذكر فى كلام الأصحاب، و إنّما ذكر فى كلام صاحب العروة هاهنا و صاحب الجواهر فى غير

المقام.

۲- إنّ الشرکة الحاصلة بالامتزاج الرافع للتمییز مطلقاً،- قهریاً کان أم قصدیاً- مع اتحاد الجنس و الوصف، حقیقة واقعیة، و إنّها مع اختلاف الوصف حکمیة مطلقاً؛ سواءٌ انتفی التمییز، مثل خلط الأدهان و المائعات، أم لا، کخلط الحنطة بالشعیر و العدس بالأرز، و سواءٌ کان بین جنسین أو بین أفراد جنس واحد مع اختلاف الوصف کأصناف الحنطة أو الأرز بعضها ببعض.

۳- إنّ وجه حکم الفقهاء فی النوعین من الشرکة بناءُ أهل العرف العامّ. و ما ذکره فی الجواهر من کون الشرکة فی مطلق موارد الامتزاج القهری- حتّی فی مختلفی الوصف- من قبیل الشرکة الحکمیة لم یُعلم وجهُه، و لا یمکن تصدیقه.

هذا حاصل کلام السید الحکیم فی المقام.

نقد کلام السید الحکیم

و لکن یرد علیه أنّ المزج إذا لم یکن بقصد الشرکة لا تسری الشرکة فی الملکیة إلی جمیع أجزاء المالین الممزوجین، کما قال فی الجواهر «۲». و من هنا لو اتّفق علم أحدهما بماله و حصل التمییز بین المالین تنتفی الشرکة و کذا فیما لا یکون

---

(۱)- نفس المصدر: ۶- ۷.

(۲)- جواهر الکلام ۲۶: ۱۹۱.

...

إلّا لأحدهما کما فی القیمیات؛ حیث یمکن تعیین مال کلٍّ منهما بالقرعة أو بالصلح القهری، من دون حصول شرکة.

و هذا بخلاف ما إذا کان الامتزاج بقصد الشرکة؛ فإنّها لإشاعتها و سریانها إلی جمیع أجزاء المالین، لا ترتفع حتّی فیما لو اتّفق علم أحدهما بماله و تمییزه. و کذا فیما لا یکون عادةً قبل الشرکة إلّا لأحدهما.

و علیه فالمزج إذا لم یکن اختیاریاً بقصد الشرکة، إنّما یرتّب أحکام الشرکة ظاهراً ما لم ینکشف الواقع. و لأجل ذلک یصحّ التعبیر عنه بالشرکة الظاهریة.

و أمّا کلمات الأصحاب فهی ناظرة إلی ترتّب أحکام الشرکة فی الجملة بمجرّد المزج الرافع للتمییز و هذا لا إشکال فیه؛ و لم یکونوا بصدد التفصیل بین الشرکة الظاهریة و الواقعیة، بل إنّما کانوا بصدد بیان تحقّق أصل الشرکة و ترتّب أحکامها بمجرّد المزج الرافع للتمییز، و أنّه لا دخل للاختیار و القصد فی ترتّب أحکام الشرکة، و لو ظاهراً ما لم ینکشف الواقع، بل یکفی فی ذلک مجرّد المزج الرافع للتمییز.

و أمّا لو کان المزج بالاختلاط غیر الرافع لتمییز آحاد الأجزاء، فتارة:

یتعذّر تخلیص المالین و تفکیکهما و عزل کلٍّ منهما عن الآخر، و اخری: لا یتعذّر ذلک عادة.

یظهر من السید الحکیم فی الصورة الاولی الحکم بتحقّق الشرکة الحکمیة الظاهریة کما فی صورة الامتزاج الرافع للتمییز؛ «۱» حیث قال قدس سره: «إنّ الشرکة مع الامتزاج بین الجنسین سواءٌ انتفی التمییز مثل خلط الأدهان و مثل خلط الدبس

---

(۱)- مستمسک العروة الوثقی ۱۳: ۱۱.

...

بالخلّ، أم كان تمييز- مثل خلط الحنطة بالشعير- أو بين أفراد جنس واحد مع اختلاف الوصف- مثل الحنطة الحمراء بالصفراء- شركة حكميـة؛ بمعنى أنّه لاـ يجـوز لأحـد المـالكين التصـرّف بـدون إذن الآـخر و يجوز المطالبـة بالقسـمة و أنّ العوض يكون مشتركـاً بين المالكين» «۱».

ثمّ قـال فى موضع آخر: «إذا كان الاختلاط بالمزج مثل اختلاط الحنطـة البيضاء بالصـفراء، فقـد عرفت أنّه مع تعـذّر التخليص و العزل فهو أيضاً يوجب الشركة الحكمية» «۲».

و يفهم من كلامه الأخير اعتبار تعذّر تخليص أجزاء الخليطين المتميّزين فى حصول الشركة الحكمية.

و يرد عليه أنّه مع عـدم ارتفـاع تميُّز آحاد حبّات الخليطين فى الحبوبات، لا يمكن الالتزام بتحقّق الشـركة مطلقاً. و الوجه فى ذلك أنّ مقتضى ماهية الشركة و مفهومها، سريان ملكية مال كلّ من الشريكين أو الشركاء فى جميع أجزاء المال المشترك، فما من جزءٍ إلّا أنّه مملوك للجميع. و هـذا المعنى لاـ يمكن تحقّقه مع تمييز حبّات المختلطين من الحبوبات. و من هنا يجوز لكلّ واحـد من المالكين أن يأخذ ماله بتخليص آحاد حبّاته المتميّز و لو مع التعسّر و ليس للآخر حينئذٍ منعه عن ذلك و طلب قسـمة الجميع. نعم مقتضـى القاعدة حينئذٍ تعيّن الصلح لو أمكن التراضى، و إلّا فالقرعة. و فى الحقيقة يجرى حينئذٍ حكم المالين المشتبهين، لا الشركة.

و أمّا فى الصورة الثانيـة: و هى ما إذا لم يتعذّر التفكيك، فلا شـركة فى البين قطعاً، بل يبقى كلّ مال فى ملك مالكه من دون تغيّر فى حكمه.

(۱)- مستمسك العروة الوثقى ۱۳: ۷.

(۲)- نفس المصدر: ۹.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۲۵

...

كلام صاحب العروة

هـذا، و لكـن حكم فى العروة «۱» بـأنّ الاختلاـط مـع التمييز لاـ يوجب الشـركة مطلقـاً، و لو ظـاهراً. و مقصوده من التمييز تمييز أجزاء المالين كما فى خلط الحنطة بالشعير أو الحنطـة البيضاء بالحنطـة الصـفراء. و علّل ذلك بأنّ مع الاشـتباه إمّا يتحقّق الصـلح القهرى أو يرجع إلى القرعة.

و هو متين عنـد اشـتباه المالين و لو مع تمييز أجزائهما و حباتهما، سواءٌ تعـذّر تفكيكهما أم لم يتعذّر. و قد بيّنا وجه ذلك آنفاً و لكن عند تعذّر التفكيك لو لم يتراضيا بالصلح، يقرع بينهما، و لكلّ منهما ما خرج له من السهم، كما ورد فى نصوص القرعة أنّ اللّه تعالى يُخرج بالقرعة سـهم المحقّ. و لا قصور لإطلاقات نصوص القرعة فى شـمولها لمثل المقام، ممّا ليس مورد النزاع واحداً شخصياً متردّداً بين شخصـين أو أشـخاص، بل متاع ذو أجزاء خلط آحاد أجزائهما بحيث لا يمكن تفكيك المالين عادةً، و إن كانت الأجزاء بآحادها متميّزة.

الشرکة الظاهریة القهریة و الاختیاریة

اشارة

أمّا الشرکة الظاهریة القهریة، فقد مثّل لها فی العروة بما لو امتزج مال شخصین أو أزید قهراً بغیر اختیار واحدٍ منهما. علی وجه لا یتمیّز بینهما.

أمّا الشرکة الظاهریة الاختیاریة فهی الحاصلة بالامتزاج اختیاراً لکن لا بقصد الشرکة، فهی ظاهریة، لا واقعیة، بناءً علی ما قاله فی العروة. و قد عَلّل ذلک بأنّ مال کلٍّ من المالکین حینئذٍ ممتاز عن الآخر فی الواقع، و لذا یختصّ کلّ من المالین بمالکه لو اتّفق تمییزه.

---

(۱)- نفس المصدر.

...

هذا مع عدم تمییز آحاد أجزاء المالین.

و أمّا إذا کان الاختلاط بغیر مزج- کما فی القیمیات- فلو أمکن التمییز، فلا إشکال فی کون کلّ من المالین لمالکه. و أمّا لو لم یمکن التمییز فهو من قبیل اشتباه المالین و تردّد کلّ منهما بین المالکین، فیُرجع حینئذٍ إلی القرعة لتعیین مالکه ما دام لم یتراضیا بالصلح، و إلّا لا إشکال فی تعیّن الصلح و تقدّمه علی القرعة بالورود.

لارتفاع المشکل- الذی هو موضوع القرعة- بالصلح.

إشکال المحقّق الخوئی علی الشرکة الظاهریة

و قد أشکل السید الخوئی «۱» علی مطلق الشرکة الظاهریة بأنّ ترتّب الأحکام الظاهریة إنّما یکون فی صورة الجهل و الشکّ بالواقع. و لمّا کان الواقع فی مفروض الکلام معلوماً لا معنی لثبوت الحکم الظاهری. و لا موجب لترتیب أحکام الشرکة ظاهراً بعد العلم بعدم ثبوتها واقعاً و استقلال کلٍّ من المالکین فی ماله. نعم، إذا صار المالان بالامتزاج شیئاً واحداً ثالثاً مغایراً لهما- کمزج السکر بالخلّ حیث یتولّد بامتزاجهما شیءٌ ثالثٌ مسمّی بالسکنجبین- تکون الشرکة فیه واقعیة حقیقیة.

و لا ینافی ذلک اختصاص کلّ مال بمالکه فیما لو اتّفق تفکیکهما بوجه من الوجوه؛ نظراً إلی دوام الشرکة الواقعیة بدوام موضوعها و هو الشیء الثالث المتولّد بالامتزاج، فلو انعدمت بحصول التفکیک و الامتیاز تنتفی الشرکة الواقعیة عرفاً.

و أمّا إذا لم یتولّد بالامتزاج شیءٌ جدید؛ بأن کان الممتزج أشیاء متعدّدة غیر قابلة للتمییز خارجاً کمزج الدراهم و الحبوبات، فلا موجب لحصول الشرکة بعد العلم بکون کلّ شیءٍ لمالکه الأوّل واقعاً. نعم، امتزاج دقیق الحبوبات من قبیل الأوّل.

---

(۱)- المبانی فی شرح العروة الوثقی ۳۱: ۱۸۲.

...

فالمعيار فى حصول الواقعية صيرورة المالين بالامتزاج شيئاً واحداً ثالثاً فى نظر أهل العرف. فإذا حصل ذلک تحقّق موضوع الشركة الواقعية، و إلّا فلا موضوع للشركة لا واقعاً و لا ظاهراً. فلا بدّ حينئذٍ من الصلح القهرى أو الرجوع إلى القرعة.

و ما أبعد بين السيد الحكيم؛ حيث إنّه حكم بتحقّق الشركة الظاهرية حتّى فى صورة عدم ارتفاع التمييز بالمزج و الاختلاط لأجل تعذّر تفكيک أجزاء الخليطين، و بين هذا العَلَم؛ حيث حكم بانتفاء الشركة الظاهرية حتّى فى المزج الرافع للتمييز إذا لم يحصل بالمزج شىءٌ ثالث.

و فيه: أنّ هذا الكلام إنّما يصحّ فيما إذا كانت آحاد أجزاء المالين متميّزة بعد المزج و إن لم يمكن أو تعذّر التفكيک بينهما. و قد بيّنّا وجه ذلک آنفاً. و إلّا فلا وجه لمنع حصول الشركة بعد ارتفاع التميز كامتزاج الأدقّة بعضها مع بعض بل الشركة متحقّقة حينئذٍ حقيقةً؛ لصدق مفهومها فى نظر أهل العرف حقيقةً بلا عناية و المعيار فى صدق الشركة الحقيقية نظر أهل العرف؛ حيث لا حقيقة شرعية و لا متشرّعة لها.

ثمّ إنّه قال هذا العَلَم: إنّ المراد بالصلح القهرى إجبار الحاكم لهما على الصلح بالتراضى، و إلّا فالصلح لا يكون قهرياً «١».

و لكنّه توجيه غير وجيه، بل المراد من الصلح القهرى هاهنا ما كان من الصلح سببه قهرياً؛ لأنّ المزج لم يكن بقصد الصلح، و إلّا فلو تراضيا بالصلح فهو، و أمّا لو تعاندا و لم يتراضيا بالصلح ينتهى الأمر إلى القرعة. فلا قهر و لا إجبار على الصلح فى البين. و هذا واضح لا يغفل عن مثله فقيه فحل فطن مثل السيد اليزدى.

ثمّ أشكل هذا العَلَم على القرعة: بأنّه لا مورد لها لعدم اشتباه بعد امتياز كلّ من المالين. لكنّه إشكال غير وارد لإمكان تمييز آحاد أجزاء المالين كآحاد الحبّات

---

(١)- المبانى فى شرح العروة الوثقى ٣١: ١٨٣.

...

فى اختلاط الحبوبات و عدم إمكان التفكيک بين مجموع المالين أو تعذّره عادةً؛ فلا مناص من القرعة فى تقسيمه بينهما، ما لم يتصالحا، بل يدخل هذه الصورة فى إطلاقات أدلّة القرعة كما أشرنا إليه. فإنّ القرعة لكلّ أمر مشكل، و تعذّر تفكيک المالين مشكل مانع لإيصال كلّ مال إلى مالكه.

الشركة الواقعية غير العقدية

أمّا الشركة الواقعية فهى عقدية و غير عقدية.

أمّا غير العقدية، فهى كون مال لاثنين أو أزيد حقيقةً و واقعاً على نحو الإشاعة؛ بأن كان المال ملكاً لعدّة مُلّاک واقعاً على نحو الإشاعة.

و هى إمّا واقعية قهرية؛ و هى ما كان- من الشركة الواقعية- سببها قهرياً خارجاً عن الاختيار، كما فى المال أو الحقّ الموروث.

و إمّا واقعية اختيارية؛ و هى ما كان- من الشركة الواقعية- سببها اختيارياً، من غير استناد إلى عقد، كما إذا أحيا شخصان أرضاً مواتاً

بالاشتراک، أو استخرجا معدناً أو کنزاً. فإنّ الأرض المحیاة أو البئر المحفور أو الشجر المقلوع أو المعدن أو الکنز المستخرج بفعلهما، ملکٌ لهما واقعاً علی وجه الشرکة و الإشاعة الحقیقیة.

و منه تحجیر الأرض مشترکاً، إلّا أنّه یورث حقّاً مشترکاً، لا عیناً.

الشرکة الواقعیة العقدیة

أمّا الشرکة الواقعیة العقدیة، فقسّمها فی العروة «۱» إلی ثلاثة أقسام:

۱- شرکةٌ واقعیة حصلت بعقد من العقود، غیر عقد الشرکة، کما لو ملک

(۱)- عروة الوثقی ۵: ۲۷۴- ۲۷۵.

...

شخصان شیئاً واحداً بالشراء أو الصلح أو الهبة و نحوها. و ذلک کأن اشتریا بمالهما شیئاً واحداً لأنفسهما، أو تصالحا علی مال أو یهبهما شخص مالًا، أو یأذن أحدهما الآخر و یوکّله فی شراء مال لهما. فیقول مثلًا: «اشتر السلعة و لی نصفها» فیشترکان فیها و فی ربحها.

۲- شرکة واقعیة حاصلة بتشریک أحدهما الآخر فی ماله؛ بأن طلب شخصٌ من آخر أن یشرکه فیما یشتریه من السلعة، و قد دلّ علی صحّتها عدّةٌ من النصوص المعتبرة.

منها: صحیح

إسحاق بن عمّار قال: قلت للعبد الصالح علیه السلام الرجل یدلّ الرجل علی السلعة، فیقول: اشترها و لی نصفها. فیشتریها الرجل و ینقد من ماله، قال علیه السلام:

«له نصف الربح»، قلت: فإن وضع، یلحقه من الوضیعة شیءٌ؟ قال علیه السلام: «علیه من الوضیعة، کما أخذ الربح» «۱».

و منها: صحیح

هشام بن سالم عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: سألته عن الرجل یشارک فی السلعة، قال: «إن ربح فله، و إن وضع فعلیه» «۲»

. و من هذا القبیل ما لو اشتری شخصٌ شیئاً و لیس عنده ثمنه فیجیءُ صاحبه، و یقول له ذلک الشخص: «ادفع عنّی ثمن هذا المتاع- الذی اشتریته- نقداً و ربحه بینی و بینک». فیشترکان فی ذلک المتاع و علیهما ثمنه و ما حصل من الربح و الوضیعة، کما دلّ علیه صحیح

محمّد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام قال: سألته عن الرجل یشتری الدابّة و لیس عنده نقدها، فأتی رجل من أصحابه فقال: یا فلان انقد عنّی ثمن هذه الدابّة و الربح بینی و بینک، فنقد عنه فنفقت الدابّة، قال: «ثمنها علیهما

(۱)- وسائل الشیعة ۱۹: ۶، کتاب الشرکة، الباب ۱، الحدیث ۴.

(۲)- وسائل الشیعة ۱۹: ۶، کتاب الشرکة، الباب ۱، الحدیث ۵.

...

لأنّه لو ربح فيها لكان بينهما» «۱»

. هذه الصحيحة بهذا الطريق رواها الشيخ بإسناده عن محمّد بن مسلم. و رواها الصدوق أيضاً بطريقين صحيحين عن الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السلام.

قوله: «و ليس عنده نقدها» أى ليس عند الرجل الذى اشترى الدابّة ثمنها نقداً.

و قوله: «انقد عنّى »؛ ... أى ادفع عنّى ثمنها نقداً، من نَقَدَ يَنْقُدُ، على وزن نصر ينصُر؛ أى دفع النقود.

و قوله: «فنقد عنه فنفقت الدابّة» أى دفع رجلٌ من أصحاب المشترى ثمن الدابّة عن جانبه ثمّ ماتت الدابّة. قوله: «نفقت الدابّة»: أى ماتت.

و مثله موثّقة

إسحاق بن عمّار قال: قلت للعبد الصالح عليه السلام الرجل يدلّ الرجل على السلعة، فيقول: اشترها ولى نصفها. فيشتريها الرجل و ينقد من ماله، قال عليه السلام:

«له نصف الربح» قلت: فإن وضع، يلحقه من الوضيعة شىءٌ؟ قال عليه السلام: «عليه من الوضيعة، كما أخذ الربح» «۲»

. و مثلها سائر نصوص الباب.

و ما يظهر من ذيل هذه النصوص، من توجّه ضرر الوضيعة إليهما معاً، إنّما هو مقتضى الشركة. و لكن لا بأس بتحمّل أحدهما الضرر بالاشتراط الراجع إلى شرط العمل، دون ما كان منه على نحو شرط النتيجة؛ نظراً إلى مخالفته لمقتضى الشركة.

اللّهم إلّا أن يقال بعدم مخالفة مثل هذا الشرط لأصل الشركة؛ نظراً إلى كفاية اشتراكهما فى الربح لذلك.

و على أىّ حال فقد دلّ على جواز ذلك صحيح

رفاعة، قال: سألت أبا الحسن

---

(۱)- وسائل الشيعة ۱۹: ۵، كتاب الشركة، الباب ۱، الحديث ۲.

(۲)- وسائل الشيعة ۱۹: ۶، كتاب الشركة، الباب ۱، الحديث ۴.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۳۱

...

موسى عليه السلام عن رجل شارك رجلًا فى جارية له و قال: إن ربحنا فيها فلك نصف الربح، و إن كانت وضيعة فليس عليك شىء، فقال: «لا أرى بهذا بأساً إذا طابت نفس صاحب الجارية» «۱».

۳- شركة واقعية حصلت بعقد الشركة مبتياً على تشريك كلّ من المتعاقدين الآخر فى ماله. و هذا النوع من الشركة معدودٌ من العقود. و صيغة عقدها كلّ لفظ يدلّ على رضا المالكين بالمزج و إذنهما، كما صرّح به فى التحرير «۲» و القواعد، و قوّاه فى جامع المقاصد «۳»، و اختاره فى التذكرة «۴».

الشركة الإشاعية و البدلية

ثمّ إنّ الشركة بأقسامها- بحسب الكيفية- إمّا إشاعية أو بدلية أو على نحو الكلّى فى المعيّن. و لا يخفى أنّ هذا التقسيم بحسب

الثبوت. و لکن ستعرف أنّ الشرکهٔ علی نحو البدلیهٔ خارجهٔ عن محلّ الکلام، بل خارجهٔ عن حقیقهٔ الشرکهٔ و تعریفها.

أمّا الشرکهٔ الإشاعیهٔ فهی شرکهٔ حقیقیهٔ متحقّقهٔ فی کلّ جزءٍ من أجزاء المال المشترک، و من هذا القبیل الشرکهٔ الواقعیهٔ بأنحائها.

أمّا الشرکهٔ البدلیهٔ فهی شرکهٔ عدّهٔ أشخاص فی مال أو حقّ علی نحو البدلیهٔ،

---

(۱)- وسائل الشیعهٔ ۱۹: ۷، کتاب الشرکهٔ، الباب ۱، الحدیث ۸.

(۲)- تحریر الأحکام ۱: ۲۷۲.

(۳)- جامع المقاصد ۸: ۱۴.

(۴)- تذکرهٔ الفقهاء ۲: ۲۲۱.

...

و هی علی نحو الاستحقاق، کاستحقاق أرباب الخمس و مستحقّی الزکاهٔ فی سهمهم من الخمس و الزکاهٔ.

و قد ورد التعبیر عن هذا الاستحقاق بالشرکهٔ فی بعض النصوص، کما فی معتبرهٔ

أبی المعزا عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: «إنّ اللّه تبارک و تعالی أشرک بین الأغنیاء و الفقراء فی الأموال، فلیس لهم أن یصرفوا إلی غیر شرکائهم» «۱».

و لکنّ التعبیر بالشرکهٔ فی مثل هذه الموارد مبنیٌّ علی المسامحهٔ و ضرب من العنایهٔ، و إلّا فلا شرکهٔ فی الواقع.

و ذلک أوّلًا: لأنّ الشرکهٔ فی متعلّق الخمس و الزکاهٔ علی نحو البدلیهٔ. و هی خارجهٔ فی الحقیقهٔ عن ماهیهٔ الشرکهٔ؛ إذ لا یکون فیها مال واحد لاثنین أو أزید.

و بعبارهٔ اخری: لم یجتمع فیها حقوق الملّاک فی مال واحد علی الإشاعهٔ. و ذلک أنّه لا یعقل اجتماع حقوق المُلّاک إذا کان الاستحقاق علی نحو البدلیهٔ، کما هو واضح.

و ثانیاً: لأنّ موارد الزکاهٔ و الخمس من باب المصرف، لا الملکیهٔ فلیس متعلّق الزکاهٔ و الخمس ملکاً لهم بمجرّد تعلّقهما و استقرار وجوبهما. و من هنا التزم الأصحاب بعدم وجوب البسط و الاستیعاب؛ إذ لو کان ملکاً لهم لوجب ذلک؛ إیصالًا للمال إلی مالکه. و قد سبق الکلام فی ذلک منّا مفصّلًا فی مصارف الخمس من کتابنا «دلیل تحریر الوسیلهٔ» و قلنا هناک: إنّ الملکیهٔ للعنوان، لا لآحاد أشخاص المستحقّین، حتّی یکونوا شرکاء فی متعلّق الخمس و الزکاهٔ حقیقهً.

و أمّا ما یوهمه کلام صاحب العروهٔ من أنّهم مستقلّین فی التصرّف

---

(۱)- وسائل الشیعهٔ ۹: ۲۱۵، کتاب الزکاهٔ، أبواب المستحقّین للزکاهٔ، الباب ۲، الحدیث ۴.

...

فللمناقشهٔ فیه مجالٌ واسع؛ لما أثبتنا فی محلّه من عدم جواز التصرّف لهم فی متعلّق الخمس و الزکاهٔ بغیر إذن الولی و هو الحاکم الشرعی. و لکنّ التأمّل فی کلامه یقضی إرادهٔ استقلال المستحقّین بعضهم عن بعض، لا بالنسبهٔ إلی الحاکم أو المالک.

ثمّ إنّ التعبیر بالشرکهٔ و إن لم یرد فی الخمس، إلّا أنّه فی حکمه من هذه الجههٔ؛ لأنّه جعل للهاشمیین بدلًا عن الزکاهٔ، و للتعبیر بلام

الملکیة فی آیة الخمس و نصوصه أیضاً. و من هنا لم یفرّقوا بینه و بین الزکاة فی المصرف من جهة عدم وجوب البسط و الاستیعاب. و من قبیل ذلک أیضاً الوقف العامّ إذا کان علی نحو التملیک، لا للانتفاع أو الصرف.

الشرکة علی نحو الکلّی فی المعیّن

و أمّا الشرکة علی نحو الکلّی فی المعیّن، فهی شرکة حاصلة بین شخصین فی مال خارجی، لأحدهما حصّة کلّیة منه و للآخر باقیه، کالشرکة فی صبرة معیّنة خارجیة، لأحدهما صاعٌ منها و للآخر باقیها. و لمّا کان الصاع الکلّی غیر معیّن و متردّداً بین أجزاء الصبرة، تتحقّق فیها الشرکة بینهما. فإنّ الصاع الکلّی لمّا کان متردّداً بین أفراده الموجودة فی الصبرة المعیّنة الخارجیة، یکون له نحو من السریان و الإشاعة فی الأصوع الموجودة فی الصبرة.

و بذلک یمکن تصویر الشرکة الإشاعیة فی الکلّی فی المعیّن، کما یمکن أن یقال بکفایة عدم تعیین الصاع لتحقّق الشرکة الإشاعیة؛ نظراً إلی کون الصاع المملوک واحداً غیر معیّن من بین الأصوع الموجودة فی الصبرة.

و علی أیّ حال وقع الکلام فی ذلک.

قال فی الجواهر: «إنّما الکلام فی ملک الکلّی فی الصبرة مثلًا کالصاع منها، و کملک مائة فی الثلث بالوصیة و نحو ذلک- بناءً علی عدم تنزیله علی الإشاعة ممّا لا إشکال فی صدق الشرکة معه و لا إشاعة- اللّهم إلّا أن یراد منها عدم التعیین، لا خصوص الثلث و الربع و نحوهما» «۱».

قوله یراد منها؛ أی من الإشاعة.

و ظاهره نفی الإشکال عن صدق الشرکة علی ملکیة الکلّی فی المعیّن، بناءً علی عدم اختصاص الشرکة الإشاعیة بالکسر المشاع، و صدقها علی الواحد لا بعینه. فلا إشکال حینئذٍ فی صدق مفهوم الشرکة علی ملکیة الکلّی فی المعیّن.

و أشکل علیه بعض «۲» بأنّ الشرکة إنّما تتحقّق فیما إذا کان المال الواحد مملوکاً لشخصین أو أکثر علی نحو الإشاعة؛ بحیث کان لکلّ منهم حصّة فی کلّ جزءٍ من المال. دون ما إذا کان مال کلٍّ منهما مستقلّاً عن الآخر، کما فی المقام؛ حیث إنّ مال أحدهما صاع کلّی من الصبرة و مال الآخر الصبرة المعیّنة الخارجیة.

و هذا الإشکال لا یُعبأ به؛ نظراً إلی صدق کون الصبرة المعیّنة لهما کلیهما بلحاظ کون صاع منها لأحدهما و باقیها للآخر. و لا إشکال فی صدق عنوان الشرکة علی ذلک فی نظر أهل العرف، بل تکون علی نحو من الإشاعة؛ نظراً

(۱)- جواهر الکلام ۲۶: ۲۸۶.

(۲)- المبانی فی شرح العروة الوثقی ۳۱: ۱۸۵.

إلی ما أشرنا إلیه من سریان الصاع الکلّی و شیاعه بین الأصوع الموجودة فی الصبرة الخارجیة.

و لا یبعد کون شرکة الفقراء فی الزکاة و السادة فی الخمس من هذا القبیل بالنسبة إلی عین متعلّق الزکاة و الخمس. و إن کان فرق

من جهـة كون المالـك هنـاك واحـداً لاـ بعينه؛ حيث يتعيّن بالإقبـاض، بخلاـف المقـام؛ لأنّ المالك فيه شـخص معيّن خارجى. و لا يتصوّر الاستحقاق على نحو الكلّى فى المعيّن فى الأوقاف العامّة، كما يظهر من العروة، بل إنّما هى على نحو البدلية فقط. و ذلك لأنّ عيناً متعلّق الزكاة و الخمس كلّى مردّد بين أجزاء مجموع المال المتعلّق للزكاة، و هذا بخلاف العين الموقوفة.

أقسام اخرى للشركة

و هنـاك أقسـام اخرى للشـركة ذكرهـا الفقهاءُ من جهـة سائر الخصوصـيات الراجعـة إلى الشـركاء و كيفيـة الاشتراك و ما تتحقّق فيه الشركة.

و هى: ۱- شركة العنان ۲- شركة الأبدان ۳- شركة الوجوه ۴- شركة المفاوضة.

و نكتفى هاهنا بذكر ما قاله فى التذكرة فى تعريف كلّ واحد من هذه الأقسام.

قال: «الشركة على أربعة أنواع، شركة العنان و شركة الأبدان، و شركة المفاوضة، و شركة الوجوه.

فأمّا شركة العنان فهى أن يخرج كلٌّ مالًا و يمزجاه، و يشترطا العمل فيه بأبدانهما.

و أمّا شركة الأبدان بأن يشترك اثنان أو أكثر فيما يكتسبون بأيديهم، كالصناع

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۳۶

...

يشتركون على أن يعملوا فى صناعتهم، فما رزق اللّه فهو بينهم على التساوى أو التفاوت.

و أمّا شـركـة المفاوضـة فهو أن يشتركـا ليكون بينهمـا مـا يكتسـبان، و يربحـان و يلتزمان من غرم و ما يحصل لهما من غنم، فيلزم كلّ واحد منهما ما يلزم الآخر من أرش جناية، و ضـمان غصب، و قيمة متلف، و غرامة لضمان أو كفالة، و يقاسمه فيما يحصله من ميراث، أو يجده من ركاز أو لقطة، أو يكتسبه فى تجارته بماله المختصّ به...

و أمّا شـركة الوجوه فقد فسِّرت بمعانٍ، أشهرها أن يشترك اثنان وجيهان عند الناس لا مال لهما، ليبتاعا فى الذمّة إلى أجل، على أنّ ما يبتاعه كلّ واحد منهما يكون بينهما، فيبيعاه و يؤدّيا الأثمان، فما فضل فهو بينهما.

و قيل: أن يبتاع وجيه فى الذمّة و يفوّض بيعه إلى خامل، و يشترطان أن يكون الربح بينهما.

و قيـل: أن يشترك وجيه لا مال له، و خامل ذو مال ليكون العمل من الوجيه و المال من الخامل، و يكون المال فى يـده لا يسـلِّمه إلى الوجيه، و الربح بينهما.

و قيل: أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح، ليكون بعض الربح له. و لا يصحّ شـىءٌ من أنواع الشركة، سوى شركة العنان» «۱» انتهى كلامه قدس سره. و بيانه واضح فى تعريف كلّ من الأقسام المزبورة للشركة و لا يحتاج إلى توضيح.

و سيأتى البحث عن كلّ واحد من هذه الأقسام فى شرح كلام السيد الماتن.

---

(۱)- تذكرة الفقهاء ۲: ۲۱۹/ السطر ۳۵.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۳۷

و هى إمّا فى عين أو دين أو منفعة أو حقّ (۱).

تقسیم الشرکة بلحاظ متعلّقها

(۱) ۱- إنّ الشرکة إمّا أن تکون فی العین؛ بأن کانت عینٌ بشخصها مملوکة لشخصین أو أزید.

فلا تتحقّق الشـرکة فی الشیء الواحد المرکّب من أجزاء متعدّدة، کالبیت مثلًا إذا کان خشبه لواحد و حائطه لآخر. و أرضه لثالث؛ نظراً إلی عـدم اجتماع ملکیـة المُلّاک فی عین واحدة شخصیـة، بل مملوک کلّ شـخص عین غیر العین المملوکة لشـخص آخر. فلا تکون الملکیة علی وجه الإشاعة حینئذٍ حتّی تتحقّق بها الشرکة.

و من هنا اسـتفاد هذا المعنی فی جامع المقاصد «۱» و المسالک «۲» من قید الشیاع الوارد فی تعریف صاحب الشرائع. ففی الحقیقة لا شرکة فی شیءٍ واحد حینئذٍ.

و لا فی الشیء الواحد الشخصی علی سبیل البدلیة کما فی مستحقّی الزکاة و الخمس.

و إمّا فی دین کأن یکون لاثنین أو أزید دین فی ذمّة شخص علی وجه الإشاعة.

و إمّا فی منفعة کما لو کان بیت لشخصین أو أزید علی وجه الإشاعة،

---

(۱)- جامع المقاصد ۸: ۷.

(۲)- مسالک الأفهام ۴: ۳۰۲.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۳۸

...

فاستأجر ذلک البیت منهم ثالثٌ. فتکون منفعة البیت- و هی مال الإجارة- للمالکین أو المُلّاک علی وجه الإشاعة.

و إمّا فی حقّ، و ذلک کالشرکة فی القصاص و حدّ القذف و الخیار و الرهن و الشفعة.

قال الشیخ الطوسی فی المبسوط: «الشرکة علی ثلاثة أضرب: شرکة فی الأعیان، و شرکة فی المنافع، و شرکة فی الحقوق. فأمّا الشرکة فی الأعیان فمن ثلاثة أوجه:

أحدها: بالمیراث. الثانی: بالعقد. و الثالث: بالحیازة.

فأمّـا المیراث فهو اشتراک الورثـة فی الترکـة، و أمّـا العقـد فهو أن یملک جماعـة عیناً ببیع أو هبـة أو صدقـة أو وصـیّة مشترکـة. و أمّا الشـرکة بالحیـازة فهو أن یشترکوا فی الاحتطـاب و الاحتشاش و الاصـطیاد و الاغتنام و الاسـتقاء و غیر ذلک فإذا صار محازاً لهم کان بینهم.

و أمّـا الاشتراک فی المنافع کالاشتراک فی منفعة الوقف و منفعـة العین المسـتأجرة و منفعـة الکلاب الموروثـة عنـد من قال إنّها غیر مملوکة و أمّا عندنا فإنّها تملک إذا کانت للصید؛ فعلی هذا دخلت فی شرکة الأعیان.

و أمّـا الاشتراک فی الحقوق فمثل الاشتراک فی حقّ القصاص و حـدّ القـذف و حقّ خیار الردّ بالعیب و خیار الشـرط، و حقّ الرهن و حقّ المرافق من المشی فی الطرقات و مرافق الدار و الضیعة و ما أشبه ذلک» «۱».

---

(۱)- المبسوط ۲: ۳۴۳.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۳۹

و سـببها: قد یکون إرثاً (۱)، و قـد یکون عقـداً ناقلًا، کمـا إذا اشتری اثنان معاً مالًا، أو اسـتأجرا عیناً، أو صولحا عن حقّ. و لها سـببان

آخران يختصّان بالشركة فى الأعيان:

أحدهما: الحيازة، كما إذا اقتلع اثنان معاً شجرة مباحة، أو اغترفا ماءً مباحاً بآنية واحدة دفعة.

و ثانيهما: الامتزاج، كما إذا امتزج ماء أو خلّ من شخص بماء أو خلّ من شخص آخر؛ سواء وقع قهراً أو عمداً و اختياراً.

و لها سبب آخر: و هو تشريك أحدهما الآخر فى ماله، و يسمّى بالتشريك، و هو غير الشركة العقديّة بوجه.

أسباب الشركة

اشارة

(۱) ۱- قد سبق آنفاً أنّ سبب الشركة إذا كان إرثاً تكون من قبيل الشركة الواقعية القهرية. و إذا كان عقداً ناقلًا تدخل فى النوع الأوّل من الشركة العقدية.

و إذا كان سببها حيازة تكون من قبيل الشركة الواقعية الاختيارية؛ نظراً إلى اختيارية الحيازة، و إلى كون الشركة حينئذٍ على وجه الإشاعة الحقيقية. هذا، و لكنّ الأولى جعل سبب هذا النوع من الشركة فعلًا اختيارياً، حتّى لا يختصّ بالأعيان و يشمل الحقوق كحقّ التحجير المشترك بين اثنين المسبّب من تحجيرهما.

و قد سبق فى كلام صاحب العروة أنّه إذا كان سببها الامتزاج فتارة: يكون المزج اختيارياً بقصد الشركة. فالشركة حينئذٍ واقعية اختيارية؛ لأنّها على نحو الإشاعة الحقيقية و لأنّ سببها فعل اختيارى. و اخرى: يكون اختيارياً لا بقصد الشركة. فالشركة حينئذٍ ظاهرية اختيارية. و ثالثةً: غير اختيارية، فتكون

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۴۰

(مسألة ۱): الامتزاج قد يوجب الشركة الواقعية (۱) الحقيقية

اشارة

، و هو فيما إذا حصل خلط و امتزاج تامّ بين مائعين متجانسين، كالماء بالماء، و الدهن بالدهن، بل و غير متجانسين كدهن اللوز بدهن الجوز مثلًا، رافع للامتياز عرفاً بحسب الواقع و إن لم يكن عقلًا كذلك. و أمّا خلط الجامدات الناعمة بعضها ببعض كالأدقّة، ففى كونه موجباً للشركة الواقعية تأمّل و إشكال، و لا يبعد كونها ظاهريّة.

الشركة حينئذٍ ظاهرية قهرية. و يشترك الأخيران فى عدم كون الشركة فيها على وجه الإشاعة الحقيقية. و قد سبق الكلام فى بيان الفرق بين الأقسام الثلاثة و ما يرد عليها من النقض و الإبرام.

و أمّا إذا كان سببها تشريك أحدهما الآخر، فقد سبق الكلام فيه آنفاً و استشهدنا لمشروعيتها ببعض النصوص، و بيّنّا وجه عدم كونها من الشركة العقدية.

و أمّا ما جاء فى كلام السيد الماتن من كون التشريك غير الشركة العقدية بوجه، فلو كان مقصوده أنّ سببه ليس من العقود، فلا وجه له؛ لما سبق من أنّ سببه البيع و الشراء أيضاً.

و أمّا لو كان مقصوده أنّه غير عقد الشركة فهو حقّ، و لكنّه خلاف ظاهر كلامه.

و قد سبق بيان كلّ قسم من أقسام الشركة المذكورة فى المتن.

الشركة الواقعية و سببها

اشارة

(۱) ۱- يستفاد من كلام صاحب العروة أنّه يشترط فى حصول الشركة الواقعية بالامتزاج ثلاثة امور:

...

الأوّل: كون الامتزاج رافعاً للتميز عرفاً، و إن كان الشيءُ الممتزج متميّزاً بالدقّة العقلية، فلا يضرّه التميز العقلى. فإذا كان الممتزج متميّزاً فى نظر أهل العرف بحيث يمكن تخليص الممزوجين و عزل كلّ منهما عن الآخر، لا تتحقّق شركة لا واقعاً و لا ظاهراً كما فى القيميات. و الامتزاج الرافع للتمييز مثل امتزاج المائعين مطلقاً، سواءٌ كانا متجانسين كالماء بالماء و الدهن بالدهن أو مختلفين، كالماء بالحليب أو دهن اللوز بدهن الجوز و الدهن النباتى بالدهن الحيوانى. و أمّا خلط الأدقّة فالتحقيق أنّه من هذا القبيل؛ نظراً إلى ارتفاع التمييز بخلطها. و لا فرق من هذه الجهة بينها و بين مزج المائعات فى نظر أهل العرف. و ما يظهر من السيد الماتن قدس سره من الفرق بينهما، فوجهه غير معلوم.

ثمّ إنّه لا إشكال فى اعتبار ارتفاع التمييز فى حصول الشركة الواقعية الحقيقية، بل فى حصول أصل الشركة بالامتزاج.

نعم، لو لم يرتفع التميز و لكن تعذّر تخليص أجزاء الممزوجين و حبّاتها بعضها عن بعض، كما فى خلط أنواع الحبوبات، مثل خلط الحنطة بالشعير و الخشخاش بالسمسم، ففى تحقّق الشركة الحكمية بذلك كلام سبق آنفاً. و قد حكم السيد الحكيم «۱» حينئذٍ بتحقّق الشركة الحكمية و اختار صاحب العروة انتفاءَ الشركة مع عدم ارتفاع التميز مطلقاً.

و قلنا آنفاً: إنّ مقتضى التحقيق حينئذٍ عدم تحقّق الشركة مطلقاً، و لو ظاهراً.

و ذلك لأنّه اخذ فى مفهوم الشركة و ماهيتها الإشاعة فى الملكية؛ بمعنى سريانها فى جميع أجزاء المال. و لا يتحقّق ذلك مع تميز الأجزاء. و من هنا يجوز لكلّ واحد من المالكين أن يأخذ أجزاء ماله و حبّاته المتميّزة و لو مع التعسّر، و ليس للآخر منعه.

---

(۱)- مستمسك العروة الوثقى ۱۳: ۷.

...

و مقتضى القاعدة حينئذٍ تعيّن الصلح لو تيسّر التراضى، و إلّا فالقرعة، و لو لأجل تخصيص كلّ حصّة من الحصص الخارجية المنحازة بكلّ واحد منهما فى موارد اختلاف المالين فى المالية.

الثانى: كون الامتزاج اختيارياً، لا قهرياً، و إلّا تتحقّق به الشركة الظاهرية القهرية كما سبق بيان ذلك آنفاً.

الثالث: كونه بقصد حصول الشركة، و إلّا لا تتحقّق به الشركة الواقعية الحقيقية، و إن كان اختيارياً. بل إنّما تتحقّق به الشركة الظاهرية الاختيارية.

فقد حكم صاحب العروة «۱» بأنّ الشركة الحاصلة بالامتزاج الاختيارى الذى هو بغير قصد حصول الشركة من قبيل الشركة الظاهرية.

كالحاصلة منها بالامتزاج القهرى. و علّل ذلك بأنّ كلّا من المالين ممتازٌ عن الآخر فى الواقع. و من هنا يختصّ كلٌ من المالين بمالكه عند تميزها. و يظهر من كلامه أنّه قدس سره جعل ملاك الشركة الواقعية كون المزج بقصد حصول الشركة، لا مجرّد ارتفاع التميز.

نقد كلام صاحب العروة

و يرد عليه أنّ مع ارتفاع التمييز و عدم إمكان التخليص و التمييز بين المالين كيف يمكن امتياز كلٍّ من المالين عن الآخر و اختصاص كلٍّ منهما بمالكه؟! و مع عدم إمكانه هل مناصٌ من الالتزام بحصول الشركة الواقعية الحقيقية؟ فالحقّ فى المقام مع السيد الماتن قدس سره؛ حيث جعل الملاك فى حصول الشركة الواقعية الحقيقية ارتفاع التميز و عدم إمكان التخليص بين المالين عرفاً. و ذلك لأنّ الشركة ليست لها حقيقة شرعية، فالمحكّم فى تعيين واقعيتها و حقيقتها نظر أهل العرف.

---

(۱)- العروة الوثقى ۵: ۳۷۴.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۴۳

...

و توجيه كلام صاحب العروة بأنّ مراده من الشركة الواقعية خصوص العقدية منها. فيصحّ كلامه حينئذٍ؛ حيث يتقوّم إنشاء عقد الشركة بالقصد بل و إنشاء سائر العقود إذا كان بقصد حصول الشركة فى السلعة المشتراة أو ربحها؛ حيث فسّر قدس سره الشركة الواقعية بما كانت مستندة إلى عقد من العقود؛ إمّا عقد الشركة أو غيرها، ممّا لا وجه له؛ حيث جعل المزج الاختيارى الذى لم يكن بقصد الشركة من قبيل الشركة الظاهرية و إن كان مزجاً تامّاً رافعاً للتميز رأساً، بل و إن كان اختيارياً ما لم يكن بقصد الشركة.

و قد سبق تصريح صاحب الشرائع و الجواهر و القواعد بتحقّق الشركة الواقعية بالمزج الرافع للتميز، بل ادّعى فى الجواهر عليه الإجماع بقسميه «۱».

نعم يفهم من ذيل كلام صاحب الجواهر اختصاص الشركة الواقعية الحقيقية بالمزج الاختيارى بقصد حصول الشركة و كون الحاصلة منها بغير قصد الشركة، من قبيل الشركة الحكمية الظاهرية.

و لكن سبق جواب السيد الحكيم عنه، و استظهاره حصول الشركة الحقيقية بمجرّد الامتزاج الرافع للتميز من كلمات الأصحاب، بل عدّ ذلك من ضروريات الفقه فى الجملة.

نقد كلام السيد الماتن فى خلط الجامدات

و أمّا خلط الجامدات فأشكل السيد الماتن فى كونه موجباً للشركة الواقعية.

و لكنَّ للمناقشة فيه مجالًا واسعاً لوضوح أنّ الجامدات قد يكون خلط بعضها ببعض من قبيل المزج الرافع للامتياز، كمزج دقيق الحنطة بدقيق الشعير، أو دقيق كلٍّ منهما

---

(۱)- جواهر الكلام ۲۶: ۲۹۱.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۴۴

و قد يوجب الشركة الظاهرية الحكمية (۱)، و هى مثل خلط الحنطة بالحنطة و الشعير بالشعير. و منها خلط ذوات الحبّات الصغيرة بمجانسها على الأقوى، كالخشخاش بالخشخاش، و الدخن و السمسم بمثلهما و جنسهما. و أمّا مع الخلط بغير جنسهما فالظاهر عدم

الشركة، فيتخلّص بالصلح و نحوه. كما أنّ الأحوط التخلّص بالصلح و نحوه فى خلط الجوز بالجوز و اللّوز باللّوز،

بدقيق الأرز. فلا ريب فى عدم إمكان تخليص أجزاء الخليطين فى مثل هذه الجامدات عادةً.

و قد جعل السيد الماتن نفسه المعيار فى حصول الشركة الواقعية الحقيقية ارتفاع التميز عرفاً و عدم إمكان تخليص أجزاء الخليطين عادةً. و هذا الملاك حاصل فى امتزاج الأدقّة. نعم، إذا كانت الجامدات من قبيل ما يمكن التميز بين أجزاء الخليطين منها عادةً، وقع الكلام فى حصول أصل الشركة حينئذٍ. و قد سبق القول بعدم حصولها من صاحب العروة، و بحصولها حكماً و ظاهراً من السيد الحكيم.

و قد قوّينا عدم حصول الشركة حينئذٍ، و لو ظاهراً و بيّنا وجه ذلك آنفاً.

و هذا بخلاف ما إذا كان الخليطان من قبيل الدقيق، فلا إشكال فى حصول الشركة الواقعية الحقيقية بمزجها؛ ضرورة ارتفاع التميز بمزجهما عرفاً و عدم إمكان تخليص أجزائهما و عزلهما عادةً.

الشركة الظاهرية و سببها و حكمها

اشارة

(۱) ۱- و قد سبق آنفاً تعريف الشركة الظاهرية الحكمية بأنّها التى تترتّب عليه أحكام الشركة ظاهراً؛ بمعنى أنّه لا إشاعة فى الملكية واقعاً، بحيث لو اتّفق

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۴۵

...

تخليص أجزاء الخليطين و عزل كلّ منهما عن الآخر تنتفى الشركة رأساً و لا يترتّب عليها شىءٌ من أحكامها. و لكن ما دام لم يتّفق ذلك تترتّب أحكام الشركة ظاهراً، من عدم جواز التصرّف فى المختلط لواحد منهما بدون إذن الآخر قبل الإفراز.

ملاک الشركة الظاهرية فى رأى السيد الإمام قدس سره

و الامتزاج فى رأى السيد الماتن قدس سره إنّما يوجب الشركة الظاهرية الحكمية فيما إذا لم يتحقّق مزج تامّ- بحيث حصل الاندكاك فى أجزاء المالين و ارتفع التميز رأساً و لم يمكن التميز عادةً- كأن وقع الامتزاج باختلاط الحبوبات المتجانسة، كالحنطة بالحنطة و الشعير بالشعير.

و الوجه فيه ظاهراً عدم سريان المزج فى الأجزاء و لا الإشاعة الحقيقية فى الملكية حينئذٍ بنظر أهل العرف، بل إنّما ارتفع التميز ظاهراً بسبب الاختلاط و اشتباه الحبّات بعضها مع بعض. و من هنا ترتّب أحكام الشركة الظاهرية، بل فرق بين اختلاط كبار الحبّات و بين صغارها.

و أمّا فى غير المتجانسين من الحبوبات لمّا لا يرتفع التميز و لو ظاهراً، حكم السيد الماتن قدس سره بعدم تحقّق الشركة حينئذٍ حتّى ظاهراً.

و مبنى الاستدلال فى المقام صدق مفهوم الشركة و تحقّق ماهيتها فى نظر أهل العرف كما أشار إلى ذلك السيد الحكيم. فإنّه بعد الحكم بتحقّق الشركة الحقيقية الواقعية فى امتزاج المتّحدين جنساً أو وصفاً، و بالشركة الحكمية فى امتزاج المختلفين جنساً أو وصفاً

مطلقاً بلا فرق بین الجامدات و المائعات قال: «إنّ وجه الحکم فی المقامین بناءُ الفقهاء الموافق لبناء العرف» «۱».

(۱)- مستمسک العروة الوثقی ۱۳: ۹.

...

ثمّ إنّ المراد من عدم التمییز فی کلمات الفقهاء عدمه ظاهراً، لا عدمه فی نفس الأمر، کما قال فی الریاض «۱» و الجواهر «۲»، بل یظهر من التذکرة «۳» الإجماع علی ذلک. و لکن أشکل فی الریاض منافاة ذلک لما ذکره الفقهاءُ فی تعریف الشرکة، من أنّها اجتماع حقوق الملّاک علی الإشاعة؛ لظهور لفظ الإشاعة عند الإطلاق فی الإشاعة الواقعیة النفس الأمریة.

و ردّه فی الریاض باتّفاق الأصحاب و إجماعهم علی عدم اعتبار ارتفاع التمییز فی نفس الأمر. و من هنا جرت سیرة المسلمین من زمن النبی صلی الله علیه و آله إلی زماننا علی الشرکة فی الأثمان من غیر نکیر فی ذلک. و أمّا ما جاء فی کلماتهم فی تعریف الشرکة من اعتبار الإشاعة فلا- دلیل علی اعتبارها لو کانت بمعنی الإشاعة الحقیقیة النفس الأمریة. راجع کلامه فإنّه دقیق نافع «۴». و الحقّ فی المقام مع صاحب الجواهر، بل الاتّفاق المزبور و نحوه ممّا بنی علیه الفقهاء فی حصول الشرکة الظاهریة، قرینة علی أنّ مرادهم فی التعریف ما هو أعمّ من الشرکة الظاهریة.

لا ریب فی عدم ورود نصّ فی خصوص المقام یدلّ علی ما تتحقّق فیه الشرکة و غیره. و من هنا لم یستشهد أحدٌ من الفقهاء بروایة و لو ضعیفة فی المقام.

و علیه فلیلتمس دلیل غیر النصّ. و مبنی الاستدلال إمّا هو نظر أهل العرف، أو الإجماع و الاتّفاق، أو سیرة المسلمین.

أمّا العرف فیمکن الاستدلال بنظر أهل العرف؛ بمعنی انصراف عنوان الشرکة

(۱)- ریاض المسائل ۹: ۵۶.

(۲)- جواهر الکلام ۲۶: ۲۹۲.

(۳)- تذکرة الفقهاء ۲: ۲۲۱/ السطر ۳۸.

(۴)- ریاض المسائل ۹: ۵۶- ۵۷.

...

الوارد فی النصوص- بما له من الأحکام- إلی ما هو المرتکز فی أذهانهم من لفظها.

فیکون المتفاهم العرفی هو الظاهر من لفظ الشرکة الوارد فی نصوص المقام.

و لا یری العرف مفهوم الشرکة متحقّقاً فی موارد الامتزاج و الاختلاط، إلّا ما کان منه رافعاً لتمییز أجزاء المالین. و من هنا لمّا لا یرتفع التمییز فی اختلاط غیر المتجانسین لا شرکة فی البین بخلاف المتجانسین.

أمّا الإجماع و السیرة، فیفهم من کلام الأصحاب اتّفاق الأصحاب علی حصول الشرکة بالامتزاج مع اتّحاد جنس الممزوجین و وصفهما، کما صرّح به فی الجواهر «۱»، بل فی الریاض: «بلا خلاف فیه عندنا، بل علیه فی الغنیة و عن الخلاف و السرائر و التذکرة إجماعنا» «۲».

و کذا استقرار سیرة المسلمین علی ذلک کما أشار إلیه فی الریاض «۳» فی حصول الشرکة بامتزاج الأثمان المتماثلة.
و علی أیّ حال لا ـ شرکة مع تمییز الأجزاء حتّی فی المتجانسین المختلفین فی الوصف، کأصناف التمر و الأرز. و علیه فما یظهر من السید الإمام من حصول الشرکة فی المتجانسین مطلقاً محلّ تأمّل، بل منع؛ نظراً إلی انتفاء ملاک الشرکة مع التمییز باختلاف الوصف عرفاً، کما أنّ معقد الإجماع اعتبار اتّحاد الجنس و الوصف معاً فی حصول الشرکة و هو المتیقّن من السیرة.
ثمّ إنّ احتیاط السید الماتن فی خلط مثل الجوز بالجوز وجوبیٌ لو کان مقصوده العدول عمّا أفتی به فی المتجانسین من الحبوبات و إدخال مثل الجوز فی

---

(۱)- جواهر الکلام ۲۶: ۲۹۱- ۲۹۳.

(۲)- ریاض المسائل ۹: ۵۵.

(۳)- نفس المصدر: ۵۷.

...

حکم غیر المتجانسین من جهة عدم ارتفاع التمییز بالخلط، و استحبابی لو کان مقصوده دخول ذلک فی فتواه فی المتجانسین. و لا یبعد کون الاحتیاط استحبابیاً بعد إطلاق فتواه بحصول الشرکة فی المتجانسین.

حکم امتزاج غیر المتجانسین

هذا کلّه فی خلط المتجانسین من الحبوبات. و أمّا فی خلط غیر المتجانسین منها، فقد حکم السیّد الماتن بعدم تحقّق الشرکة به. و لا وجه لذلک، إلّا بناءُ أهل العرف بدعوی استقرار بنائهم علی عدم تحقّق الشرکة بخلط مختلفی الجنس من جهة کون حبّات الجنسین متمیّزة عندهم و عدم ارتفاع میّزها باختلاطها. و من هنا قد یستشکل فی صدق عنوان المزج، بناءً علی أخذ رفع التمییز فی صدق عنوانه عرفاً. و إن کان فی اعتباره تأمّل، کما یشهد له أخذ قید «الرافع للتمییز» فی المزج الموجب للشرکة.
و لکن إذا تعسّر تخلیص أجزاء الخلیطین منها و تفکیک حبّاتها و عزل المالین، فلا مناص فیها من الصلح لو أمکن التراضی، و إلّا فالقرعة. و قد سبق أنّه لا تتحقّق الشرکة بذلک حینئذٍ، و لو ظاهراً و حکماً، کما سبق آنفاً من السید الحکیم، و بیّنّا ما فیه من النقاش.
نعم، فی المائعات و الأدقّة لا یختصّ ارتفاع التمییز بخلط المتجانسین؛ ضرورة ارتفاعه بامتزاج مختلفی الجنس أیضاً، کما فی امتزاج جنسین مختلفین من الدُّهن و أدقّة الحبوبات بعضها ببعضٍ. ففی مثل هذه الموارد لا دلیل عرفاً و لا شرعاً علی عدم حصول الشرکة الواقعیة الحقیقیة بعد حصول الامتزاج و ارتفاع التمییز به و تحقّق الإشاعة فی ملکیة جمیع أجزاء المالین حقیقة من غیر مسامحة عرفیة.
و أمّا الإجماع المدّعی علی اعتبار اتّحاد الجنس و الوصف، فالمتیقّن منه غیر

و کذا الدراهم و الدنانیر المتماثلة إذا اختلط بعضها ببعض علی نحو یرفع الامتیاز (۱).

مثل المائعات و الأدقّة، ممّا یرتفع تمییز مختلفَیه بالامتزاج. بل نسب اعتبار ذلک فی الجواهر إلی بعض و وجّهه بقوله: «و اعتبار بعض اتّحاد الجنس و الوصف إنّما هو للاحتراز عمّا لا یرتفع بالامتزاج امتیازه من مختلفهما» «۱».
و حاصل الکلام أنّ المعتبر فی صدق الشرکة تحقّق الامتزاج الرافع للتمییز فی نظر أهل العرف، لا صیرورة المالین ماهیة واحدة، کما

يظهر من بعض الأعلام «۲»، بل يكفى عدم إمكان التمييز بينهما. و بهذه العناية يرى أهل العرف الخليطين- بعد الامتزاج الرافع للتميّز- شيئاً واحداً. و هذا المعنى من الوحدة العرفية يكفى فى تحقّق موضوع الشركة الظاهرية الحكمية.

و لمّا لا يرتفع التمييز باختلاط المختلفين جنساً أو وصفاً من الحبوبات لا تحصل الشركة. و من هنا اعتبروا فى حصول الشركة بامتزاج مثل الحبوبات اتّحاد الجنس و الوصف، و ليس مقصوده اعتبار ذلک مطلقاً، كما أشار إليه فى الجواهر.

(۱) ۱- ظاهره الاحتياط الوجوبى بالصلح لو أمكن التراضى، و إلّا فالقرعة.

و مرجعه إلى عدم حصول الشركة بالامتزاج الرافع للتميیز فى اختلاط الدراهم و الدنانير بمثلها.

و لكن صرّح فى الشرائع بعدم الفرق بين الأثمان و العروض «۳» و قد استشهد

---

(۱)- جواهر الكلام ۲۶: ۲۹۵.

(۲)- المبانى فى شرح العروة الوثقى ۳۱: ۱۸۲.

(۳)- جواهر الكلام ۲۶: ۲۹۲.

...

لذلک فى الجواهر «۱» برواية

دعائم الإسلام «۲» عن الصادق عليه السلام- فى حديث- قال: «إذا أراد رجلان أن يشتركا فى الأموال، فأخرج كلّ منهما مالًا مثل مال صاحبه دنانير أو دراهم ثمّ خلطا ذلک حتّى يصير مالًا واحداً لا- يتميّز بعضها عن بعض على أن يبيعا و يشتريا ما رأياه من أنواع التجارات فما كان فى ذلک من فضل كان بينهما، و ما كان من وضيعة كان عليها بالسواء»

، بل فى الرياض «۳» استقرار طريقة المسلمين فى الأعصار و الأمصار على التشارک فى الأثمان من زمن النبى صلى الله عليه و آله إلى زماننا هذا من غير نكير فى صقع من الأصقاع أو عصر من الأعصار فكان إجماعاً، بل استدلّ بذلک على عدم استقامة ما استظهر الفاضل المقداد من تعريف الشركة- فى كلمات الأصحاب- من اعتبار عدم التمييز فى نفس الأمر.

و ظاهر كلامه و ما ورد فى رواية الدعائم و إن كان مشروعية الشركة العقدية بمزج الدراهم و الدنانير بمثلها- لا بمجرّد المزج من دون عقد الشركة أو شراء سلعة بها مشتركاً- إلّا أنّه لا إشكال فى دلالة ذلک كلّه على حصول المزج المعتبر فى الشركة باختلاط الدراهم و الدنانير المتماثلة، و إن كان الأقوى الاقتصار فى ذلک بعقد الشركة عليها أو شراء سلعةٍ بها مشتركاً؛ نظراً إلى عدم حصول المزج باختلاط الدراهم، بل هو أشبه بالاشتباه، إن ارتفع به التمييز فلا تتحقّق شركة ظاهرية قهرية بها.

و لعلّ ذلک هو مقصود السيد الماتن فى المقام، دون الشركة العقدية. و أمّا كلمات الأصحاب و مجرى السيرة و معقد الإجماع و ظاهر رواية الدعائم، فالجميع ناظرة إلى مشروعية الشركة العقدية- بشقّيها المذكورين آنفاً- باختلاطها الرافع

---

(۱)- نفس المصدر: ۲۹۱.

(۲)- دعائم الإسلام ۲: ۸۵.

(۳)- رياض المسائل ۹: ۵۷.

...

للتمييز، كما عرفت.

و لا ـ تتحقّق الشركة لا واقعاً و لا ظاهراً بخلط القيميات (۱) بعضها ببعض، كما لو اختلط الثياب بعضها ببعض مع تقارب الصفات، و الأغنام بالأغنام و نحو ذلك، فالعلاج فيها التصالح أو القرعة.

لا تحقّق الشركة بالمزج في القيميات

(۱) ۱- و ذلك لعدم رفع التمييز بخلط القيميات، بل و لا يصدق عنوان المزج عرفاً، بل إنّما يصدق عنوان اشتباه المالين أو الأموال.

و مقتضى القاعدة في تعيين المال المشتبه المتردّد بين مالكين أو أزيد الرجوع إلى القرعة لو لم يتيسّر الصلح بالتراضي.

و ليست ملكية القيميات المشتبهة على وجه الإشاعة، بل و لا اجتماع في ملكيتها للمُلّاك؛ ضرورة كون كلٍّ واحدٍ منها ملكاً لواحد من المُلّاك، لا ـ لاثنين منهم حتّى تجتمع حقوق الملّاك في مملوك واحد، فلا إشاعة في الملكية حينئذٍ. و من هنا لا شركة في خلط القيميات، كما سبقت الإشارة إلى ذلك آنفاً.

هذا، و يظهر من صاحب الشرائع جواز الاحتيال لغرض تحقّق الشركة في القيميات ببيع كلّ من المالكين حصّةً من ماله للآخر أو يهبه له؛ حيث قال: «و لو أراد الشركة فيما لا مثل له باع كلٌّ واحد منهما حصّته ممّا في يده بحصّته ممّا في يد الآخر» و زاد في الجواهر: «أو وهب كلّ منهما كذلك، أو باعها بثمن اشترى الاخرى به منه، أو غير ذلك» «۱».

---

(۱)- جواهر الكلام ۲۶: ۲۹۵- ۲۹۶.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۵۳

اشارة

(۱)، بل لو أذن أحد الشريكين لشريكه في التصرّف جاز للمأذون دون الآذن إلّا بإذن صاحبه،

أحكام الشركة

وجه عدم جواز تصرّف الشريك بغير إذن صاحبه

(۱) ۱- و الوجه في عدم الجواز أنّ الشركة بذاتها لا ـ تصلح أن تكون سبباً لجواز تصرّف الشريك في المال المشترك بغير رضا شريكه؛ لعدم كشفها عن رضاه، بل تقتضي عدم جواز ذلك؛ لأنّ مقتضى الشركة إشاعة ملكية الطرفين و سريانها في جميع أجزاء المال المشترك. فما من جزءٍ أراد أحدهما التصرّف فيه، إلّا دخل فيه ملك صاحبه.

و الظاهر أنّ كلام السيد الماتن هاهنا في الشركة غير العقدية الحاصلة بمزج أو غيره؛ نظراً إلى ما أشار إليه في المسألة اللّاحقة من أنّ ما تقدّم هو الشركة غير العقدية.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۵۴

...

و لكن ما أفتى به السيد الماتن قدس سره فى هذه المسألة قد استقرّ عليه رأيه فى مطلق الشركة عقدية كانت أو غير عقدية؛ لما سيأتى من التصريح به فى المسألة الثامنة: «لا يقتضى عقد الشركة و لا إطلاقه جواز تصرّف كلٍّ من الشريكين فى مال الآخر بالتكسّب». فإذا كان التصرّف بالتكسّب- المعقود لأجله عقد الشركة- غير جائز فكذلك التصرّفات الشخصية بالفحوى. و على أىّ حال لا إشكال فى سريان الحكم فى مطلق الشركة فى رأى السيد الماتن قدس سره.

و لا يبعد كون مقصوده بيان حكم ذات الشركة، مع قطع النظر عن سبب تحقّقها، فتشمل مطلق الشركة، سواءٌ كانت قهرية أو اختيارية، و سواءٌ حصلت بعقد الشركة أو غيره من العقود أو بغير العقد، من امتزاج أو حيازة أو إحياء مشتركاً و غير ذلك من أسبابها الاختيارية و القهرية.

لا خصوصية للامتزاج

و لا فرق فى ذلك بين حصول الشركة بالمزج و بين حصولها بالعقد أو بسبب قهرى كالإرث و نحوه.

نعم، فى القواعد و غيره خصّ المسألة بالمال الممتزج؛ حيث قال: «لا يجوز لأحد الشريكين التصرّف فى المال الممتزج، إلّا بإذن صاحبه». و فى المفتاح «۱»:

«طفحت بهذا المعنى عباراتهم». و علّله فى جامع المقاصد «۲» بأنّ مجرد الامتزاج غير كاف فى جواز التصرّف. و بذلك وجّه فى المفتاح «۳» تخصيص الفقهاء المسألة بالمال الممتزج.

---

(۱)- مفتاح الكرامة ۷: ۳۹۹.

(۲)- جامع المقاصد ۸: ۲۱.

(۳)- مفتاح الكرامة ۷: ۳۹۹- ۴۰۰.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۵۵

...

و لكن لا خصوصية للامتزاج فى ذلك، بل أصل الشركة لا يصلح لإثبات جواز التصرّف فى مال الشريك؛ حيث لا يكشف عن إذنه بالتصرّف مطلقاً، سواءٌ حصلت بسبب قهرى كالإرث و الامتزاج القهرى، أو اختيارى كالمزج الاختيارى أو عقد معاملى، أو تحقّقت بعقد الشركة، بل تقتضى خلاف ذلك؛ لأنّ عنان المال بيد الشريكين كليهما لا أحدهما. و من هنا سمّيت الشركة فى الأموال بشركة العنان.

أمّا الأسباب القهرية للامتزاج، فوجه عدم صلاحيتها لذلك واضحٌ لخروجها عن القصد و الاختيار.

و أمّا الأسباب الاختيارية؛ فلعدم دلالة لإيجادها عرفاً على إذن موجدها- الذى هو المالك- بتصرّف شريكه فى ماله الشائع فى جميع أجزاء المال المشترك.

فإنّ مزج المالك ماله بمال غيره، أو شرائه مالًا لنفسه و لغيره بقصد الشركة أو إنشاء عقد الشركة على ماله الممتزج بمال غيره، لا دلالة لشيءٍ منها عرفاً على رضاه و إذنه بتصرّف شريكه فى ماله الممتزج، بل المرتكز من ذلك فى الأذهان جعل عنان المال المشترك و اختياره بيد الشريكين معاً، كما قلنا.

و عليه فلا يجوز لأحد الشريكين التصرّف فى المال المشترك إلّا بإذن صاحبه؛ نظراً إلى سريان ماله و شياع مالكيته فى جميع أجزاء

المال المشترک، کما هو مقتضی الإشاعة الحقيقية، کما صُرِّح بذلک فی کلمات الأصحاب.

قال فی المفتاح- بعد توجيه عدم جواز التصرّف فی المال المشترک من دون إذن الشريک بقبح التصرّف فی مال الغير بغير إذنه: «و لا فرق فی ذلک بين کون الشرکة بمزج أو غيره، و لا فی المزج بين کونه بفعلهما أو غيره.

فوصف المال بالممتزج فی العبارة و جامع الشرائع و النافع لبيان أنّ مجرّد

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۵۶

و يجب على المأذون أن يقتصر على المقدار المأذون فيه كمّاً و كيفاً (۱).

الامتزاج غير کاف فی جواز التصرّف» «۱».

و قال فی الرياض: «و هذا الحکم جار فی مطلق الشرکة، حتّی بالمعنی الأوّل، و سواء کان سببها المزج، أو غيره، باختيارهما کانت، أم بدونه، فإنّ الإذن فی التصرّف أمر زائد علی مفهوم الشرکة بهذا المعنی. و من هنا يظهر ما فی تخصيص العبارة الحکم بصورة الامتزاج خاصّة» «۲».

و لا يخفی أنّ مراده من المعنی الأوّل اجتماع حقوق المُلّاک فی الشیءِ الواحد علی سبيل الشياع. و المعنی الثانی عقد الشرکة، کما أشار إليه فی أوّل الکتاب «۳».

و مقصوده عدم اختصاص ذلک بعقد الشرکة و لا بما کان سببه غير المزج من أقسام الشرکة. هذا، و لکن التأمّل فی کلمات الفقهاء يقضی بتسالمهم علی ذلک فی الشرکة غير العقدية، و إنّما الاختلاف بينهم فی جواز التصرّف فی جهة التکسّب بغير إذن الشريک فی عقد الشرکة. و قد عرفت أنّ السيد الماتن و کثيراً من الفحول أفتوا بذلک فی مطلق الشرکة. و سيأتی البحث عن ذلک أيضاً فی المسألة الثامنة.

(۱) ۱- مقصوده من الاقتصار کمّاً؛ أن يقتصر بمقدار الإذن، کأن يأذن بالتصرّف فی ربع المال المشترک أو فی اليوم خاصّة، أو فی ساعة معيّنة.

و کيفاً کأن يأذن بالتصرّف لنفسه لا لعياله أو ضيوفه. أو فی جهة التجارة لا للمصرف الشخصی.

---

(۱)- مفتاح الکرامة ۷: ۳۹۹- ۴۰۰.

(۲)- رياض المسائل ۹: ۶۲.

(۳)- نفس المصدر: ۵۳.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۵۷

نعم الإذن فی الشیء إذن فی لوازمه (۱) عند الإطلاق، و الموارد مختلفة لا بدّ من لحاظها، فربما يكون إذنه له فی سكنى الدار لازمه إسكان أهله و عياله و أطفاله، بل و تردّد أصدقائه و نزول ضيوفه بالمقدار المعتاد، فيجوز ذلك كلّه إلّا أن يمنع عنه كلّاً أو بعضاً فيتّبع.

[أحكام الشركة]

(مسألة ۲): لا يجوز لبعض الشركاء التصرّف فی المال المشترک إلّا برضا الباقين

(مسألة ۳): كما تطلق الشركة على المعنى المتقدّم-

اشارة

و هو کون شـیء واحد لاثنین أو أزید- تطلق- أیضاً- علی معنی آخر، و هو العقد الواقع بین اثنین أو أزید علی المعاملة بمال مشترک بینهم، و تسـمّی الشـرکة العقدیّة و الاکتسابیـة (۲). و ثمرته جـواز تصـرّف الشـریکین فیمـا اشترکـا فیه بـالتکسّب به، و کون الربـح و الخسـران بینهمـا علی نسـبة مالهمـا. و هی عقـد یحتـاج إلی إیجاب و قبول، و یکفی قولهما: اشترکنا، أو قول أحـدهما ذلک مع قبول الآخر، و لا یبعد جریان المعاطاة فیها؛ بأن خلطا المالین بقصد اشتراکهما فی الاکتساب و المعاملة به.

---

(۱) ۱- و أمّا کون الإذن فی الشـیء إذناً فی لوازمه، فالوجه فیه هو المتفاهم العرفی کما لا یخفی. و قد سبق بیان ذلک فی مواضع من کتاب المضاربة، کإذن المالک للعامل بالسـفر. فقد بیّنّا هناک أنّه ظاهرٌ عرفاً فی الإذن بلوازمه، ممّا یسـتتبعه السفر من المخارج و نحو ذلک.

الشرکة العقدیة و خصوصیاتها

(۲) ۲- و قد سـبق عند بیان أقسام الشـرکة، تعریف الشـرکة العقدیة بأنّها شـرکة واقعیة حصلت بعقد من العقود؛ إمّا بعقد الشرکة مبتّیاً علی تشریک کلٍّ من

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۵۸

(مسألة ۴): یعتبر فی الشرکة العقدیّة کلّ ما اعتبر فی العقود المالیة؛

من البلوغ و العقل و القصد و الاختیار و عدم الحجر لفلس أو سفه (۱).

المتعاقدین الآخر فی ماله. أو بسائر العقود من شـراءٍ أو صلح أو هبة و نحوها بأن یشتری شخصان مالًا لأنفسهما أو تصالحا علی مال أو یهبهما شخصٌ مالًا، أو یأذن أحدهما الآخر و یوکّله فی شراء مالٍ لهما، فیقول له مثلًا: اشتر السلعة ولی نصفها.

فیشترکان فیها و فی ربحها و قد ذکرنا بعض النصوص «۱» الدالّة علی ذلک.

و أمّا الشـرکة الحاصـلة بعقـد الشـرکة فهی بنفسـها من العقود، و تسـمّی بالشـرکة العقدیة. و إنّها موضوع البحث فی هذه المسألة و ما یلحقها من المسائل الآتیة. فهی عقد و بحاجة إلی إیجاب و قبول و سـبق الکلام فی صیغته و أنّه یکفی فی إیجابها قولهما: «اشترکناه»، أو یقوله أحدهما و یقبل الآخر.

و الکلام فی جریان المعاطاة فیها مثل الکلام فی البیع و المضاربـة. و الظاهر جریانها فی الشـرکة؛ نظراً إلی اسـتقرار سیرة أهل العرف علی ذلـک. و حکمهـا کون الربـح الحاصل بالتکسّب من المال المشترک لهما و الخسـران بینهما علی نسـبة المالین و سـیأتی تفصـیل ذلک فی المسألة العاشرة.

ما یعتبر فی الشرکة العقدیة

(۱) ۱- وجه اعتبار هذه الشروط فی المتعاقدین فی الشرکة العقدیة نفس الوجه فی اعتبارها فیهما فی سائر العقود المالیة.

و ذلک لأنّ اشتراک الغیر فی المال تصرّف مالکی فیعتبر فیه ما یشترط

---

(۱)- وسائل الشیعة ۱۹: ۶، کتاب الشرکة، الباب ۱، الحدیث ۴.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۵۹

(مسألة ۵): لا تصحّ الشرکة العقدیّة إلّا فی الأموال

اشارة

(۱) نقوداً کانت أو عروضاً،

فی نفوذ تصرّف کلّ مالک فی ماله.

و قد ذکر الفقهاء شرطاً آخر فی صحّة الشرکة العقدیة، و هو امتزاج المالین سابقاً علی العقد أو لاحقاً بحیث لا یمکن تمییزهما، و لو بعداً.

و یأتی الکلام فی ذلک مفصّلًا فی شرح المسألة السابعة. إن شاء اللّه.

اختصاص الشرکة بالأعیان

(۱) ۱- مقصوده نفی صحّة شرکة الأعمال و المفاوضة و الوجوه بعقد الشرکة.

و مقصوده من الشرکة العقدیة، عقد الشرکة، کما جری علیه اصطلاح الفقهاء، لا الشرکة الحاصلة بأیّ عقد من العقود- الأعمّ من عقد الشرکة-، کما جری علیه اصطلاح صاحب العروة، و قد سبق ذلک فی تقسیمات الشرکة فی أوّل هذا الکتاب.

ثمّ إنّه لا إشکال فی صحّة الشرکة العقدیة- المتحقّقة بعقد الشرکة- فی الأموال إذا کانت من الأعیان القابلة للامتزاج الرافع للتمییز، و عدم حصولها فی الأعیان غیر القابلة لذلک کالقیمیات، بناءً علی اعتبار الامتزاج الرافع للتمییز، کما علیه السید الماتن قدس سره. و ادُّعی علیه الإجماع. و أمّا بناءً علی اعتباره تصحّ فی مطلق الأموال. و سیأتی الکلام فی اعتبار المزج و عدمه.

و أمّا غیر الأعیان فیقع الکلام تارةً: فی الدیون و اخری: فی المنافع.

عدم صحّة الشرکة العقدیة فی الدیون

أمّا الدیون فتصویر إنشاء عقد الشرکة فیها بأن کان لکلّ منهما دینٌ فی ذمّة

...

شخص، فیقولا: «اشترکنا فی الدین الذی لکلّ واحد منّا علی ذمّة فلان و فلان»، أو یقول أحدهما للآخر: «أنت شریکٌ معی فی مالی فی ذمّة فلان و أنا شریکٌ لک فی مالک فی ذمّة فلان»، ثمّ یقبل الآخر.

و الأقوی عدم صحّة الشرکة العقدیة فیها؛ نظراً إلی رجوعها إلی تعویض الدین بالدین و مبادلته، و هو ممنوع شرعاً. و هذا خلاف الشرکة غیر العقدیة، فلا مانع من إیجادها بسائر العقود. بیان ذلک: أنّه بناءً علی اعتبار الامتزاج فی عقد الشرکة- کما بنی علیه السید الماتن فی المسألة السابعة، فالأمر واضحٌ؛ إذ لا یتصوّر تحقّق الامتزاج فی الدیون حتّی تصحّ فیها الشرکة العقدیة. فإنّ لکلّ دین وجوداً منحازاً مستقلّاً عن الآخر بلحاظ صاحبه الذی اشتغلت ذمّته بذلک الدین.

و قد یشکل علی ذلک بأنّه لم یدلّ علی اعتبار الامتزاج دلیلٌ لفظی؛ لکی یؤخذ بإطلاقه أو عمومه، فیتعبّد به فی جمیع الموارد حتّی الدیون، بل إنّما دلیله- کما سیأتی بیانه- هو المتفاهم العرفی من عنوان الشرکة و الإشاعة الحقیقیة؛ حیث لا تُعقل مع تمییز المالین. و لکنّ الشرکة و الإشاعة الحقیقیة فی المتمایزین إنّما لا تعقل فیما إذا کان المال من الأعیان. و ذلک لأنّه لمّا کانت للأعیان المتمایزة وجود منحاز فی الخارج و مستقلّ بعضها عن بعض- کما فی القیمیات- لا تُعقل فیه الشرکة و الإشاعة الحقیقیة. فمن هنا اعتبروا فی شرکة الأعیان الامتزاج الرافع للتمییز. و هذا بخلاف غیر الأعیان من الدیون و المنافع؛ حیث لا وجود منحاز لهما فی الخارج مستقلّاً.

و الجواب: أنّ للـدیون أیضـاً وجوداً منحازاً فی الذمّـهٔ بلحاظ صاحب الذمّـهٔ، کما أنّ للمنافع أیضاً وجوداً ممتازاً بلحاظ تعلّقها بالأعیان بالقوّهٔ و القابلیهٔ الموجودهٔ

دلیل تحریر الوسیلهٔ - الشرکهٔ و القسمهٔ، ص: ۶۱

...

بالفعل فی العین المحتویـهٔ لها؛ حیث لا امتزاج فی صاحب الذمّـهٔ و لا ذات القابلیـهٔ الکائنـهٔ فی الأعیان، لا قبل عقـد الشـرکهٔ و لا بعده حتّی یسری امتزاجهما إلی ما یتبعهما من الدین و المنفعهٔ.

و أمّـا بنـاءً علی عـدم اعتبـار الامتزاج فی صـحّهٔ الشـرکهٔ العقدیـهٔ- کما لم یسـتبعده صاحب العروهٔ بمقتضـی لو لا الإجماع فی المسألهٔ الرابعهٔ من کتاب الشـرکهٔ من العروهٔ الوثقی- فالوجه فی عدم صحّهٔ الشرکهٔ العقدیهٔ فی الدیون أنّ حقیقهٔ هذه الشرکهٔ ترجع حینئذٍ إلی تملیک کلٍّ من المتعاقـدین ما فی ذمّـهٔ مـدینه من الـدین للآخر بإزاء تملیکه له حصّـهً ممّا له فی ذمّهٔ مدینه. فهی فی الحقیقهٔ معاوضـهٔ دین بـدین بلفـظ الشـرکهٔ. و یکون کإیجاد الشـرکهٔ فی القیمیات بتملیک کلّ منهما نصف ماله للآخر. و إنّ المنهی عنه فی نهی النبی صلی الله علیه و آله عن بیع الدین بالدین، و إن کان عنوان البیع، إلّا أنّ المنصـرف منه بقرینهٔ المتفاهم العرفی هو مطلق معاوضهٔ الدین بالدین، من غیر اختصاص بالبیع.

و یشهد له جملهٌ من النصوص الناهیهٔ عن قسمهٔ الدین کما فی صحیحهٔ سلیمان بن خالد قال: سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن رجلین کان لهما مال بأیدیهما، و منه متفرّق عنهما، فاقتسما بالسویهٔ ما کان فی أیدیهما و ما کان غائباً عنهما، فهلک نصیب أحدهما ممّا کان غائباً و استوفی الآخر، علیه أن یرد علی صاحبه؟ قال:

«نعم، ما یذهب بماله» «۱».

و فی صـحیحهٔ غیاث بن إبراهیم عن جعفر بن محمّد عن آبائه علیهما السلام عن علی علیه السلام: فی رجلین بینهما مال منه بأیدیهما، و منه غائب عنهما، فاقتسما الذی بأیدیهما، و احتال کلّ واحد منهما بنصیبه، فقبض أحدهما و لم یقبض الآخر،

(۱)- وسائل الشیعهٔ ۱۹: ۳۷۰، کتاب التجارهٔ، أبواب الدین و القرض، الباب ۲۹، الحدیث ۱.

دلیل تحریر الوسیلهٔ - الشرکهٔ و القسمهٔ، ص: ۶۲

...

فقال علیه السلام: «ما قبض أحدهما فهو بینهما، و ما ذهب فهو بینهما» «۱». و نظیرها صحاح ابن مسلم و معاویهٔ بن عمّار «۲».

و فی صحیحهٔ

عبـد اللّه بن سـنان عن أبی عبـد اللّه علیه السـلام قال: سألته عن رجلین بینهما مال؛ منه دین، و منه عین. فاقتسـما العین و الـدین. فتوی الذی کان لأحدهما من الدین أو بعضه، و خرج الذی للآخر. أ یرُدَّ علی صاحبه؟ قال: علیه السلام «نعم ما یذهب بماله» «۳».

قوله:

«فتوی الذی کان لأحدهما »...

؛ أی هلک من الثوی مقصوراً بمعنی هلاک المال، کما قال فی الصحاح و غیره.

وجه دلالـهٔ هذه النصوص علی المطلوب أنّها دلّت علی عدم صـحّهٔ قسـمهٔ الدین المشترک. و عدم صـحّهٔ قسـمهٔ الدین إنّما هو لرجوع قسـمته إلی معاوضـهٔ حصّـهٔ من دین کـلٍّ منهمـا بحصّـهٍ من دین الآـخر. و من هنا لا تصـحّ قسـمهٔ الـدین المشترک، کما جاء فی هـذه

النصوص و أفتى به المشهور المعروف، خلافاً لابن إدريس؛ حيث يظهر منه اختصاص كلٍّ من الشريكين بما يستوفيه من دينه معلّلًا بأنّ اشتراك الـدين فى الذمّـة لاـ يمنع من تعيين حقّ واحـد فى معيّن، و أيضـاً علّل ذلك بوجوه اخرى نقلها فى الجواهر «۴» و أجاب عن جميعها.

و أمّا وجه ارتباطهـا بالمقـام أنّ عقـد الشـركة فى الـديون المتفرّقـة المتمـايزة يرجع أيضاً إلى معاوضـة الـدين بالـدين كقسـمة الـدين المشترك.

---

(۱)- وسائل الشيعة ۱۹: ۴۳۵، كتاب الضمان، أبواب الدين و القرض، الباب ۱۳، الحديث ۱.

(۲)- راجع وسائل الشيعة ۱۹: ۱۲، كتاب الشركة، الباب ۶، الحديث ۱.

(۳)- وسائل الشيعة ۱۹: ۱۲، كتاب الشركة، الباب ۶، الحديث ۲.

(۴)- جواهر الكلام ۲۶: ۳۳۲.

...

هـذا، و لكن لا حاجة إلى الاستشـهاد بهذه النصوص مع ما فيها من خفاء الدلالة على المطلوب فى المقام. و ذلك لقيام النصّ و اتّفاق الفتاوى على بطلان معاوضة الديون.

و الحاصل: أنّه لا يصحّ عقد الشركة فى الديون. نعم لا إشكال فى حصول الشركة الواقعية غير العقدية فى الدين، كأن ينتقل ما للميّت فى ذمّة المدين إلى الورثة، فتحصل الشـركة للورثة فى ذلك الدين لا محالة. و لكن الشركة العقدية- الحاصلة بعقد الشركة- لا تصحّ فى الديون.

مقتضى التحقيق بطلان الشركة العقدية فى الدين مطلقاً، سواءً قلنا باعتبار الامتزاج فيها، كما سيأتى من السيد الماتن فى المسألة الرابعة، أم لم نقل به كما قد يُستظهر من كلام صاحب العروة «۱». و ذلك لعدم امتزاج فى الديون بناءً على اعتباره.

و لرجوع الشركة العقدية فى الدين إلى معاوضة الدين بالدين و هو غير جائز؛ نظراً إلى إطلاق النصوص الناهية عن بيع الدين بالدين و عن قسمة الدين، كما قلنا.

حكم الشركة العقدية فى المنافع

و أمّا المنافع فعلى القول باعتبار الامتزاج فى الشـركة العقديـة لا إشـكال فى عـدم صـحّة الشـركة العقديـة فيها؛ حيث إنّها متمايزة بتبع متعلّقها و متبوعها.

و على القول بعـدم اعتباره، فلو كان المقصود عين المنفعـة الخارجيـة الحاصـلة بالاستيفاء، فإيجاد الشـركة فيها بالعقد خلاف مقتضـى القاعدة.

و ذلـك كالنمـاءات المتّصـلة و المنفصـلة و الاـجرة على الأعيـان فيمـا إذا كانت من أعيان مختلفـة لشخصـين على نحو الاسـتقلال، لا مشتركاً. و لكنّهما يوجدان الشركة

---

(۱)- العروة الوثقى ۵: ۲۷۹، و استظهر ذلك من كلامه السيد الخوئى.

...

فى منافعها المتفرقة من النماءات و الاجور بإنشاء عقد الشركة بالصيغة، كأن يقول أحدهما: «اشتركنا فى منافع أموالنا الحاصلة بالنماء و الاجرة المأخوذة عليها».

و لكنّها راجعة فى الحقيقة إلى الشركة فى الأعيان المعدومة المترقّبة الوجود.

و على أىّ حال فحصول الشركة فى هذا النوع من المنافع خلاف القاعدة؛ حيث لا يعقل حصول الملكية و لا الشركة فيها؛ لعدم وجود لعين المنفعة حين إنشاء عقد الشركة. و إنّما قد خرجنا عن القاعدة فى خصوص المضاربة تعبّداً بالنصوص الواردة فيها.

و إن كان المراد حصول الشركة فى ذات المنفعة: و هى القابلية الموجودة فى العين للانتفاع- كقابلية الدار للسكنى؛ بأن يشتركا بالصيغة فى نفس القابلية- فلا مانع منه عرفاً و لا عقلًا. و ذلك لأنّه بعد البناء على عدم اعتبار الامتزاج فى الشركة العقدية، لا محذور عقلى فى حصولها حتّى تبطل من أجل ذلك.

و أمّا شرعاً، فقد يقال «۱» إنّه لا مانع من صحّة عقد الشركة فى المنافع بهذا المعنى؛ نظراً إلى عدم دلالة دليل لفظى من النصوص على منع الشركة فى المنافع و لا على منع معاوضة المنافع و مبادلتها، كما وردت فى معاوضة الديون و مبادلتها.

و ذلك بعد القطع بثبوت الشركة فيها بغير عقد الشركة كإجارة شىءٍ مشتركاً.

نعم، إذا لم يكن زمان الشركة محدوداً، يشكل الالتزام بالصحّة؛ نظراً إلى لزوم الجهالة و الغرر.

و مقتضى التحقيق فى ذلك صحّة الشركة العقدية فى المنافع فى الزمان المعين فى غير اجرة الأعمال، كما لعلّه مقصود هذا العَلَم؛ لأنّه فى الحقيقة من قبيل الشركة فى الأموال؛ حيث إنّ ذات المنفعة بالمعنى المزبور من توابع العين و دخيلة فى

---

(۱)- المبانى فى شرح العروة الوثقى ۳۱: ۱۸۹- ۱۹۱.

و تسمّى تلك: شركة العنان (۱).

ماليتها، و لعلّه لهذه الجهة لم يعتبر الفقهاء فى شركة العنان كونها فى الأعيان، بل إنّما اعتبروا كونها فى الأموال. و إلّا فإيجاد الشركة فى اجرة الأعمال و عقدها يدخل فى شركة الأبدان و قد تحقّق الإجماع على بطلانها.

فالأقوى عدم صحّة عقد الشركة فى عين المنفعة الخارجية قبل تحقّقها.

و جواز الشركة العقدية فى ذات المنافع بالمعنى المزبور؛ بناءً على عدم اعتبار الامتزاج فيها. و لكنّه لا يلائم ما بنى عليه السيد الماتن قدس سره من اعتبار امتزاج المالين فى الشركة العقدية، كما سيأتى فى المسألة السابعة.

شركة العنان

(۱) ۱- و الكلام فيه من جهتين:

إحداهما: تعريف هذه الشركة.

ثانيتهما: وجه تسميتها.

أمّا الجهة الاولى: فشركة العنان هى: الشركة فى الأموال كما جاءَ فى المتن.

و ذلك بأن يمزج شخصان مالهما، ثمّ ينشئان عقد الشركة عليه بقولهما اشتركنا و نحو ذلك.

قال في التذكرة: «و أمّا شركة العنان فهي أن يُخرج كلّ مالًا و يمزُجاه و يشترطا العمل فيه بأبدانهما» «۱».

و أمّا الجهة الثانية: - و هي وجه تسميتها بشركة العنان- فهو إمّا مأخوذ من

---

(۱)- تذكرة الفقهاء ۲: ۲۱۹/ السطر ۳۶.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۶۶

...

عنان الدابّة بكسر العين؛ نظراً إلى استواء الشريكين في الولاية على الفسخ و التصرّف و استحقاق الربح على قدر رأس المال كاستواء طرفي العنان. أو بلحاظ منع العنان الدابّةَ من الطغيان؛ نظراً إلى منع كلٍّ منهما الآخر من التصرّف كما يشتهي و يريد. و بهذا المعنى يمكن أخذها من «عنّ الفرسَ»؛ أي منعه، و إمّا من «عنّ» بمعنى ظهر. و ذلك بلحاظ ظهور مال كلّ منهما لصاحبه بما له من الفائدة، أو لأنّها من أظهر أنحاء الشركة. و قيل من «المعانّة» بمعنى المعارضة؛ حيث عارض كلّ منهما الآخر بماله.

و قد أشار إلى هذه الوجوه في المبسوط «۱» و التذكرة «۲» و المسالك «۳» و الحدائق «۴» و الجواهر «۵» و أنسب الوجوه الأوّل و الثاني. و الأمر في ذلك سهل.

هذا، و لكن ذكر في المستمسك وجهاً للتسمية بقوله: «و كأنّ وجه تسميتها بذلك أنّ كلًّا من الشريكين كأنّه فارس و بيده عنان الفرس يذهب حيث يشاء، بخلاف من لا يكون بيده العنان، فإنّه يذهب حيث تشاء الفرس، لا حيث يشاء هو. و إن كان هذا الوجه لم يذكر في وجه التسمية بشركة العنان، مع أنّهم ذكروا الوجوه الكثيرة» «۶».

و لاحظت من ذيل كلامه أنّه زعم أنّ هذا الوجه غير مذكور في كلمات

---

(۱)- المبسوط ۲: ۳۴۷.

(۲)- تذكرة الفقهاء ۲: ۲۱۹.

(۳)- مسالك الأفهام ۴: ۳۱۰.

(۴)- الحدائق الناضرة: ۲۱: ۱۶۲.

(۵)- جواهر الكلام ۲۶: ۲۹۸.

(۶)- مستمسك العروة الوثقى ۱۳: ۲۵.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۶۷

و لا تصحّ في الأعمال، و هي المسمّاة بشركة الأبدان (۱)؛ بأن أوقع العقد اثنان على أن تكون اجرة عمل كلّ منهما مشتركاً بينهما؛ سواء اتّفقا في العمل كالخيّاطين، أو اختلفا كالخيّاط مع النسّاج، و من ذلك معاقدة شخصين على أنّ كلّ ما يحصل كلّ منهما بالحيازة من الحطب- مثلًا- يكون مشتركاً بينهما، فلا تتحقّق الشركة بذلك، بل يختصّ كلّ منهما بأُجرته و بما حازه.

الأصحاب. و لكن التأمّل و الإنصاف يقضيان بخلاف ما زعمه؛ حيث إنّ ما ذكره لا يغاير الوجه الأوّل من الوجوه المذكورة، بل هو عينه. و على أيّ حال لا ثمرة معتدّ بها في البحث عن ذلك كما قال في الجواهر «۱».

شركة الأعمال (الأبدان)

اشارة

(۱) ۱- یقع الکلام أوّلًا فی تعریفها و وجه تسمیتها، و ثانیاً فی حکمها.

أمّا التعریف: فهی- کما یشعر عنوانها-: إنشاء شخصین عقد الشرکة فی اجرة عملهما، من دون مال مشترک لهما فی البین.

و أمّا وجه تسمیتها بشرکة الأعمال، أنّ عقد الشرکة إنّما یُنشئ بین اجرة العملین، و لمّا کانت الاجرة للعمل الصادر من المتعاقدین، تکون الشرکة فی العمل بالمآل.

و هی لیست من قبیل الشرکة فی الأموال. و ذلک لأنّ المفروض عدم وجود مال مشترک لهما؛ لکی یشترکا فی ربحه بالعقد، بل الذی توافقا علی الاشتراک فیه بالعقد هو اجرة العمل الصادر منهما.

---

(۱)- جواهر الکلام ۲۶: ۲۹۸.

...

و أمّا وجه تسمیتها بشرکة الأبدان أنّ العمل صادر من البدن فهو منشأ الأعمال و الأفعال. و فی الحقیقة تکون هذا النوع من الشرکة فیما یصدر عن الأبدان، من الأعمال. فسُمّیت بهذا الاسم بلحاظ منشأ العمل.

و علی أیّ حال فهذه الشرکة إنّما هی فی اجرة العمل.

و لقد أجاد العلّامة فی التذکرة فی تعریف شرکة الأبدان؛ حیث قال:

«و أمّا شرکة الأبدان؛ بأن یشترک اثنان أو أکثر فیما یکتسبون بأیدیهم، کالصناع یشترکون علی أن یعملوا فی صناعتهم، فما رزق اللّه فهو بینهم علی التساوی، أو التفاوت» «۱».

أمّا حکم شرکة الأعمال فمضافاً إلی تصریح العلّامة فی التذکرة- بعد ذکر أقسام الشرکة الأربعة- ببطلانها، قد صرّح فی الشرائع بعدم صحّتها بقوله:

«و لا تصحّ الشرکة بالأعمال کالخیاطة و النساجة» و قال فی المسالک- فی ذیل کلام صاحب الشرائع-: «و لا خلاف عندنا فی بطلان شرکة الأعمال، إلّا من ابن الجنید» «۲». و قال فی الجواهر- فی ذیل کلام المحقّق-: «بلا خلاف معتدّ به أجده فیه بیننا، بل الإجماع بقسمیه علیه، بل المحکی منهما مستفیض أو متواتر» «۳».

أمّا ابن الجنید، فقد حکی عنه العلّامة فی المختلف أنّه قال: «لو اشترک رجلان علی أن یعملا عملًا لکلّ واحد منهما فیه منفرداً و أن یکون أیدیهما جمیعاً فی العمل و یقسّم الاجرة بینهما، لم أجز ذلک؛ لأنّ الاجرة عوض عن عمل، فإذا

---

(۱)- تذکرة الفقهاء ۲: ۲۱۹/ السطر ۴۳.

(۲)- مسالک الأفهام ۴: ۳۰۷.

(۳)- جواهر الکلام ۲۶: ۲۹۶.

...

لم يتميّز مقدار عمل كلّ واحد منهما لم يأمنْ أن يلحق أحدهما غبن أو أن يأخذ ما لا يستعقد، فإن شاركا الفضل أو تحالا، أو يضمن أحدهما بالعمل ثمّ قسّمه على الآخر من غير شركة، جاز» «۱».

و لكن فى دلالة كلامه على صحّة شركة الأعمال نظر، بل هو على بطلانه أدلّ، كما ناقش فى المسالك «۲» فى استفادة صحّتها من كلامه.

بل فى الجواهر بعد نقل كلامه قال: «و هو كما ترى صريح فى عدم الجواز، لكنّ فى المختلف- بعد أن حكى ذلك عنه- قال: و الوجه البطلان، لنا إجماع الفرقة و خلاف ابن الجنيد غير معتدّ به؛ لانقراضه بحصول الاتّفاق بعده، و لأنّ الأصل عدم الشركة و بقاء حقّ كلّ واحد عليه، و لأنّه غرر عظيم، و لأنّ الشركة عقد شرعى، فيقف على الإذن فيه، و يمكن أن يريد ما ذكره أوّلًا من شركة الوجوه» «۳».

و عليه فلا مخالف فى البين من فقهائنا القدماء.

كلام المحقّق الأردبيلى و نقده

و أمّا المتأخّرون، فلم يظهر الخلاف منهم، إلّا المحقّق الأردبيلى؛ حيث إنّه- بعد نقل كلام العلّامة فى التذكرة من بطلان غير شركة العنان مطلقاً- ناقش فى البطلان بدعوى عدم دليل عليه غير الإجماع. و أنّه لا مانع من صحّته فى العقل و الشرع؛ لرجوعه إلى الوكالة أو تمليك المال أو بذل العمل بإزاء مال. و بذلك وجّه تجويز بعض العامّة بعض الأقسام من سائر أنحاء الشركة، غير شركة العنان.

---

(۱)- مختلف الشيعة ۶: ۲۳۰.

(۲)- مسالك الأفهام ۴: ۳۰۷.

(۳)- جواهر الكلام ۲۶: ۲۹۷.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۷۰

...

و استنتج من ذلك أنّه إن كان هناك إجماع فهو، و إلّا فلا مانع من الحكم بالصحّة «۱».

و التحقيق أنّه يكفى فى ردّ دعوى المحقّق الأردبيلى ما ستعرف من أدلّة بطلان شركة الأعمال، فانتظر. و أمّا ما ذكره من التوجيهات، فيرد عليه أنّ الكلام فى إيجاد هذه الشركات بنفس عقد الشركة، لا بسائر أسباب الشركة، مع أنّ تمليك المال- الذى لم يوجد بعدُ- من قبيل تمليك المعدوم. و كذا بذله بإزاء العمل.

ثمّ إنّهم لم يفرقوا بين اختلاف نوع العملين و بين اتّحادهما، و لا بين كون الاكتساب من قبيل حيازة المباحات و بين كونه فى مال مملوك للغير كخياطة الثوب المملوك للغير؛ نظراً إلى تميّز عمل كلّ واحد منهما ببدنه و تشخّصه.

كلام صاحب المسالك فى توجيه بطلان شركة الأعمال

قال فى المسالك: «لا فرق فى ذلك بين أن يتّفق عملهما؛ بأن يكون كلّ واحدٍ منهما خيّاطاً، أو يختلف بأن يكون أحدهما خيّاطاً و الآخر نجّاراً، و يعمل كلّ واحد منهما فى صنعته، و لا بين كون الشركة البدنية فى مال مملوك أو تحصيل مال مباح كالاصطياد و

الاحتطاب؛ لأنّ كلَّ واحـد متميّز ببـدنه و منافعه، فيختصّ بفوائده، كما لو اشتركا في مالين و هما متميّزان» «۲». و كذا قال في الجواهر «۳».

(۱)- قال قدس سره- بعد نقل كلام العلّامة الظاهر في اتّفاق الأصحاب على بطلان غير شركة العنان- ما لفظه: «و لا يظهر لنا دليل على عدم الجواز سوى الإجماع، فإن كان فهو، و إلّا فلا مانع، فإنّه يرجع إلى الوكالة في بعض الامور و تمليك مال في البعض الآخر و بذل نفس و عمل في مقابلـة عوض، و لا مانع منه في العقل و الشرع، و لهذا جوّز بعض أقسامها بعض العامّة». مجمع الفائدة و البرهان ۱۰: ۱۹۳.

(۲)- مسالك الأفهام ۴: ۳۰۷.

(۳)- جواهر الكلام ۲۶: ۲۹۶.

...

و لا يخفى أنّ في تعليل الشهيد لنفي الفرق في بطلان غير شركة العنان بقوله:

«لأنّ كلَّ واحـد متميّز ببدنه و منافعه فيختصّ بفوائده، كما لو اشتركا في مالين و هما متميّزان» «۱» إشارة إلى أنّ بطلان شركة الأعمال مقتضـى القاعـدة. و السرّ في ذلـك- على ما يستفاد من قوله المزبور- أنّ المزج الرافع للتميز شـرط في صـحّة الشـركة العقديـة عند الأصـحاب بالإجماع، و من هنا لا تصحّ في القيميات. و أنّ شـركة الأعمال من قبيل الشركة في الأموال المتميّزة، من القيميات و نحوها من المثليات.

فإنّ قوله المزبور بيانٌ لعدم قابلية اجور الأعمال للمزج الرافع للتمييز.

ثمّ إنّ في نفي الفرق من الجهات المـذكورة إشارة إلى ردٍّ ما ذهب إليه بعض العامّة من التفصـيل بحسب هذه الجهات، كما أشار إليه في المسالك- بعـد قوله المزبور-: «و أمّا العامّـة، فمنهم من وافقنا على بطلانها، و منهم من أجازها مطلقاً، و منهم من أجازها مع اتّفاق الصنعتين لا مع اختلافهما، و منهم من أجازها في غير اكتساب المباح» «۲».

عمدة ما يمكن الاستدلال به على بطلان شركة الأعمال

و على أيّ حال فالعمدة في الاستدلال على بطلان شركة الأعمال ثلاثة وجوه:

أحدها: إجماع الأصـحاب و اتّفاقهم كما قال الشيخ الطوسي: «و شركة الأبدان عندنا باطلة» «۳». و إنّه لم يُشر إلى وجه غير الإجماع. و مثله ما سبق نقله من العلّامة

(۱)- مسالك الأفهام ۴: ۳۰۷.

(۲)- نفس المصدر.

(۳)- المبسوط ۲: ۳۴۸.

...

و المحقّق و الشهيد و صاحب الجواهر. و أمّا ما يُتراءى في كلمات بعض المتأخّرين و المعاصرين من تعليل ذلك ببعض الوجوه- كالوجهين الآتيين- لا يضرّ بتعبُّدية الإجماع و كشفه عن رأى المعصوم عليه السلام، بعد عدم اتّكال القدماء- الذين هم الأصل في دعوى هذا الإجماع- إلى وجه غيره.

ثانيها: ما جاء من التعليل في ذيل كلام الشهيد المنقول آنفاً. و قد عرفت بيان المراد منه و تقريب الاستدلال به.

ثالثها: كونها من قبيل تمليك المعدوم. و ذلك لأنّ اجرة العمل إنّما توجد بنفس العمل و لا وجود لها قبل صدور العمل، فهي معدومة حال إنشاء عقد الشركة قبل صدور العمل من طرفي العقد.

و ظاهر كلمات الأصحاب أنّهم أرادوا من شركة الأعمال الشركة في منافع الأعمال بأعيانها- كأُجرة الأعمال- و إيجادها بمجرّد إنشاء عقد الشركة، من دون أن يكون مسبوقاً بتحقّق أحد أسباب الشركة من إجارة و نحوها. و عليه فلا إشكال في بطلانها؛ لرجوعها إلى تمليك المعدوم. و لا دليل من سيرة العقلاء و لا الشرع على صحّته. و السرّ في بطلانه أنّ العاقد لا يملك المعدوم بالفعل حتّى يملّكه لشريكه.

و قد يناقش في هذا الوجه بأنّ سبب إيجاد المعدوم و منشأ وجوده لو كان تحت قدرة العاقد و ممّا يملكه بالفعل- مثل العمل في المقام- لا مانع من صحّة تمليكه و جواز نقله.

و الجواب: أنّ الدليل- من النصوص و السيرة و الإجماع- إنّما قام على جواز تمليك ما هو مملوك بالفعل حين إنشاء العقد. و لا دليل على جواز تمليك ما ليس مملوكاً بالفعل؛ لعدم وجوده في الخارج، و إن كان منشأ وجوده مقدوراً. و إنّ إثبات

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۷۳

...

سببية سبب النقل شرعاً بحاجة إلى دليل معتبر شرعي.

و أمّا إيجاد الشركة بأحد أسبابها- غير عقد الشركة- أو الشركة في ذات منفعة العمل- بمعنى قابلية العمل للانتفاع به، كما في قابلية الدار للسكنى- و لو بمجرّد عقد الشركة، فلا ينبغي الإشكال في صحّته. و من هنا يجوز للأجير أن يوجر نفسه. فإنّ مرجع الثاني إلى شركة الأموال، كما سبقت الإشارة إليه آنفاً، و مرجع الأوّل إلى الشركة غير العقدية، كصنع شيء أو حفر بئرٍ أو استخراج معدن معاً؛ بحيث يُستند العمل إلى فعلهما كليهما عرفاً.

و لكن جواز إيجاد الشركة في ذات منفعة العمل بعقد الشركة إنّما هو بعد البناء على عدم اعتبار الامتزاج في شركة الأموال و تحديد زمان العمل. و لا يصحّ بناءً على اعتبار الامتزاج؛ حيث لا امتزاج في منافع الأعمال؛ لتقوّمها بالأعمال المتميّزة دائماً بتشخُّص فاعلها، فإنّ منفعتها الذاتية هي القوّة غير المنفكّة عن العمل. و قد سبق الكلام في ذلك آنفاً في شركة المنافع.

مقتضى التحقيق بطلان الشركة العقدية في منافع الأعمال مطلقاً؛ سواءٌ كانت المنافع بأعيانها الخارجية كالأُجور، أم كانت بذواتها.

أمّا الشركة العقدية في اجور الأعمال؛ بأن كانت بمجرّد إنشاء عقد الشركة في اجرة العملين، كما فسّرها بذلك السيّد الماتن قدس سره و كذلك في العروة «۱»، و هو ظاهر كلمات الفقهاء، فهي باطلة؛ لما سبق من الوجوه الثلاثة.

هذا مضافاً إلى أنّه لا دليل على صحّتها. و بما أنّ عقد الشركة- كسائر الأسباب الشرعية للنقل و الملك- يحتاج في مملّكيته إلى إمضاء الشارع، فلا بدّ من دليل يدلّ على إمضائه من الشارع، و هو لم يثبت في الأعمال بالمعنى المزبور.

(۱)- العروة الوثقى ۵: ۲۷۶.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۷۴

نعم لو صالح أحدهما الآخر بنصف منفعته إلى مدّة- كسنة أو سنتين- على نصف منفعة الآخر إلى تلك المدّة و قبل الآخر صحّ، و اشترك كلّ منهما فيما يحصّله الآخر في تلك المدّة بالأجر و الحيازة، و كذا لو صالح أحدهما الآخر عن نصف منفعته إلى مدّة بعوض معيّن- كدينار مثلًا- و صالحه الآخر- أيضاً- نصف منفعته في تلك المدّة بذلك العوض (۱).

و أمّا إذا كانت بمعنى الشركة في ذات منفعة العمل بمعنى قابليته للانتفاع، فقد عرفت التفصيل المزبور فيها. و هي في الحقيقة من قبيل شركة الأموال؛ لأنّ مالية الأفعال و الأمتعة إنّما تدور مدار قابليتها للانتفاع، فقابلية الشيء للانتفاع به قوام ماليته. و لمّا بنينا على اعتبار الامتزاج في شركة الأموال- كما سيأتي البحث عن ذلك- مقتضى القاعدة بطلان الشركة العقدية في منافع الأعمال، بل في منافع الأموال بهذا المعنى أي ذات المنفعة.

و عليه فمقتضى التحقيق بطلان الشركة في المنافع مطلقاً، حتّى في ذات المنافع، بلا فرق في ذلك بين منافع الأعمال و بين منافع الأموال، إلّا في منافع الأموال الممزوجة لو تُصوِّرت بارتفاع قيمة المال الممزوج و نحو ذلك.

بيان صور المصالحة المحقّقة للشركة

(۱) ۱- لمّا بنى السيد الماتن على منع الشركة في الأعمال و حكم بعدم صحّتها في اجرة الأعمال على النحو المزبور، صار بصدد تصحيح الشركة في منافع الأعمال على نحو المصالحة.

و قد صوّر المصالحة على نحوين:

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۷۵

...

أحدهما: المصالحة بين الحصّتين على نحو المعاوضة إلى مدّة معيّنة؛ بأن صالح كلُّ واحد منهما الآخر في حصّة من منفعة عمله، كأن يصالحه بنصف منفعة عمله إلى سنة أو سنتين بإزاء نصف منفعة عمل الآخر إلى نفس تلك المدّة، و قبل الآخر. فيقول أحدهما مثلًا: صالحتك على أن يكون نصف منفعة عملي لك و نصف منفعة عملك لي إلى سنة أو سنتين. فتصحّ الشركة في منافع عملهما بالمصالحة فيها على هذا النحو و يشترك كلّ منهما في نصف ما يكتسبه الآخر من الاجرة و المال المحاز.

ثانيهما: مصالحة الحصّتين بدينار معيّن، كأن يقول أحدهما: صالحتك نصف منفعة عملي بدينار، و قبل الآخر و أعطاه ديناراً. ثمّ يقول الآخر: صالحتك نصف منفعة عملي بنفس ذلك الدينار الذي أعطيته. فيردّ الأوّل نفس ذلك الدينار الذي أخذه منه؛ عوضاً عن نصف منفعة عمل الآخر المصالح عليه.

و لا يخفى أنّ المصالحة بعوض معيّن- من نقد أو غيره- لا يتوقّف على كون المصالح عليه نفس ذلك العوض الذي أعطاه أحدهما، بل تصحّ أيضاً بعوض آخر غير ذلك العوض، فتعطي نتيجة الشركة في المنافع بالمآل، كما لا فرق أيضاً بين كون العوضين متساويين في الجنس و المقدار و بين كونهما مختلفين في ذلك.

نعم هذا النوع من المصالحة- أي بنفس ذلك الدينار- أخفّ مئونة من غيره؛ حيث لا يستلزم خروج مال من كيس واحد من الشريكين، بل يرجع العوض المعطى إلى كيس صاحبه الذي أعطاه أوّلًا.

و هاهنا صورة ثالثة للمصالحة صوّرها السيد الحكيم «۱»، و هي المصالحة

(۱)- راجع مستمسک العروة الوثقی ۱۳: ۱۶.

...

علی نحو المعاوضة بین التملیکین. بأن یقول أحدهما: صالحتک علی أن تملک حصّة من مالی بإزاء أن أملک حصّةً من مالک. و لکن المصالح علیه حینئذٍ تملیک کلٍّ منهما حصّةً من ماله للآخر. و لا بدّ من تعیین الحصّة و المدّة لئلّا یلزم الغرر.

و علیه لا بدّ أن یقول أحدهما مثلًا: صالحتک علی أن تملک نصف منفعة عملی إلی سنة بإزاء أن أملک نصف منفعة عملک إلی نهایة نفس تلک السنة.

و اتّضح لک بما أشرنا إلیه- من دفع محذور الغرر- وجه تعیین الحصّة و المدّة فی کلام السید الماتن قدس سره.

وجه تصحیح شرکة الأبدان بالمصالحة

و الوجه فی صحّة عقد الصلح بالکیفیات المزبورة، دون عقد الشرکة، أنّه لا یعتبر المزج فی عقد الصلح، بخلاف عقد الشرکة. فإنّ المزج معتبر فی صحّته مع أنّ المنافع غیر قابلة للامتزاج. فإذا صحّ عقد الصلح تتحقّق الشرکة لا محالة؛ لأنّ المصالحة بإحدی الکیفیات المزبورة ینتج نتیجة الشرکة، کما عرفت فی بیان الصور المزبورة. و قد صرّح السید الحکیم بهذا الوجه- بعد تصویر الصور المزبورة للمصالحة-: «کلّ ذلک لعدم اعتبار المزج فی هذه العقود بخلاف الشرکة، فإنّ إنشاءها لا یصحّ إلّا بالمزج، علی ما سیأتی بیانه، و لا یمکن ذلک فی المنفعة» «۱».

و إنّ الشرکة الحاصلة بالمصالحة لیست بعقد الشرکة، إلّا أنّها حاصلة بعقد شرعی؛ من مصالحة کما عرفت الآن، أو هبة معوّضة، بأن یهب أحدهما نصف منفعة

(۱)- مستمسک العروة الوثقی ۱۳: ۱۶.

...

عمله للآخر بدینار، ثمّ یهب له الآخر نصف منفعة عمله بنفس ذلک الدینار، أو بدینار آخر فتنتج الهبة بهذا النحو نتیجة الشرکة فی المنافع، بلا اعتبار شرائط عقد الشرکة. و کذا لو آجر اثنان نفسهما بعقد واحد لعمل واحد بأُجرة معیّنة، فتکون الاجرة الحاصلة مشترکةً بینهما. و لکن ذلک کلّه لیس من قبیل الشرکة العقدیة، بل إنّما ینتج نتیجتها علی نحو الشرکة فی الأموال، لا الأعمال، کما أنّها لیست بعقد الشرکة، و إن حصلت بعقد شرعی.

و أمّا وجه عدم إمکان تحقّق الامتزاج فی المنافع، فقد عرفت تفصیلًا فی البحث عن حکم الشرکة العقدیة فی المنافع؛ هذا.

مقتضی التحقیق فی المقام

و لکن مقتضی التحقیق بطلان المصالحة فی المقام بأیّ نحو. و ذلک لرجوعها إلی تملیک المعدوم؛ حیث إنّ اجرة العمل- التی هی المقصود من منفعة العمل فی باب شرکة الأعمال- لا وجود لها فی الخارج حین المصالحة. و نصوص مشروعیة المصالحة إنّما وردت فی المصالحة بین الأموال الموجودة.

و أمّا المنفعة بمعنی ذاتها أی قابلیة العمل للانتفاع، فإنّها و إن کانت موجودة حین المصالحة، إلّا أنّها خارجة عن مقصود الفقهاء من شرکة الأبدان؛ لأنّها فی اصطلاحهم إنّما هی فی اجور الأعمال التی هی عین المنفعة، لا ذاتها التی هی قابلیة العمل للنفع و بها قوام مالیة العمل.

و هل یمکن إیجاد الشرکة فیها بالمصالحة و نحوها من العقود الشرعیة، غیر عقد الشرکة؟ مقتضی التحقیق جواز ذلک و صحّة الشرکة الحاصلة فیها. و ذلک لأنّ ذات المنفعة و إن کانت متقوّمة بنفس العمل بل أثره القهری الذی لا ینفکّ

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۷۸

...

عنه، و أنّ العمل و إن کان غیر موجود بالفعل حین إنشاء المصالحة، و ذات المنفعة التی أثره معدومة طبعاً، و تملیک المعدوم غیر جائز، إلّا أنّ عمل کلّ شخص فی قوّة الموجود؛ لفرض قدرته علیه فی کلّ آنٍ أراد إیجاده. و من هنا یعتبره العقلاء مالًا قبل صدوره، کما فی باب إجارة الأعمال. فإنّ العقلاء یحکمون بصحّة إجارة الأشخاص، کإجارة الحمّال و البنّاء و الخیّاط و النجّار. فإنّ إجارتهم تصحّ و تتمّ قبل صدور أعمالهم- التی هی متعلّق الإجارة- فی الخارج. و قد أمضاها الشارع، و لم یُفت أحدٌ هناک باشتراط تحقّق العمل من الأجیر حین إنشاء الإجارة فی صحّتها، بل یرونها صحیحة تامّة قبل تحقّق العمل منه. و لذلک یُلزمونه علی العمل بعد عقد الإجارة، وفاءً له بالعقد، فلو لم یصحّ لم یجب الوفاء به.

فکذلک فی المقام. فالمصالحة علی الأعمال بهذا المعنی- أی علی ذات منافعها، لا علی اجورها- من قبیل الإجارة علی الأعمال من هذه الجهة؛ أی عدم اشتراط تحقّق العمل و وجود منفعته حین إنشاء العقد، فی صحّة المصالحة و الإجارة.

و علی أیّ حال فالمصالحة بأحد الوجوه الثلاثة المزبورة، بالمعنی المقصود فی المقام- و هو تملیک کلّ واحد حصّة من اجرة عمله بإزاء تملیک الآخر له حصّة من اجرة عمله- باطلة؛ لرجوعها إلی تملیک المعدوم. فلا تصحّ لإنتاج نتیجة شرکة الأعمال. و أمّا بمعنی تملیک حصّة من ذات منفعة العمل، تصحّ لما قلناه و تفید بالمآل الشرکة فی اجرة العملین- التی هی نتیجة شرکة الأبدان- لأنّها وجود ذات المنفعة فی الخارج. لکنّها إنّما تصحّ لو لا إشکال کون العوضین ما فی الذمّة، و إلّا فلا مناص من تعیُّن الحیلة فی المصالحة بین الحصّتین بدینار، أو أیّ عوض موجود.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۷۹

و لا تصحّ- أیضاً- شرکة الوجوه (۱). و أشهر معانیها- علی المحکیّ- أن یوقع العقد اثنان وجیهان عند الناس- لا مال لهما- علی أن یبتاع کلّ منهما فی ذمّته إلی أجل، و یکون ذلک بینهما، فیبیعانه و یؤدّیان الثمن، و یکون ما حصل من الربح بینهما. و لو أرادا حصول هذه النتیجة بوجه مشروع، وکّل کلّ منهما الآخر فی أن یشارکه فیما اشتراه؛ بأن یشتری لهما و فی ذمّتهما، فیکون- حینئذٍ- الربح و الخسران بینهما.

شرکة الوجوه

(۱) ۱- یقع الکلام أوّلًا فی تعریفها، ثمّ فی حکمها.

أمّا التعریف: فقد عرّفها العلّامة فی التذکرة بقوله: «و أمّا شرکة الوجوه فقد فسّر بمعان أشهرها أن یشترک اثنان وجیهان عند الناس لا مال لهما، لیبتاعا فی الذمّة إلی أجل علی أنّ ما یبتاعه کلّ واحد منهما یکون بینهما، فیبیعاه و یؤدّیا الأثمان، فما فضل فهو بینهما.

و قیل: أن یبتاع وجیه فی الذمّة و یفوّض بیعه إلی خامل، و یشترطا أن یکون الربح بینهما.

و قیل: أن یشترک وجیه لا مال له. و خامل ذو مال لیکون العمل من الوجیه و المال من الخامل، و یکون المال فی یده لا یسلّمه إلی الوجیه، و الربح بینهما.

و قیل: أن یبیع الوجیه مال الخامل بزیادة ربح، لیکون بعض الربح له» «۱».

و قد عرفت من السید الماتن قدس سره أنّ ما جاء فی کلامه من التعریف ینطبق علی

(۱)- تذکرة الفقهاء ۲: ۲۲۰/ السطر ۳؛ و نقله أیضاً فی الحدائق الناضرة ۲۱: ۱۵۹.

...

أشهر تعاریف شرکة الوجوه، کما جاء فی کلام العلّامة. و لا فرق بینه و بین سائر التعاریف، إلّا فی بعض خصوصیات لا أثر له فی حکمها. و الخامل من لا وجاهة و لا نباهة و لا مال له.

و قد صرّح فی المسالک «۱» و الجواهر «۲» أنّ التعریف المزبور هو أشهر معانی شرکة الوجوه.

و الوجه فی اشتهار هذا المعنی- مضافاً إلی کونه أنسب إلی صیغة الجمع فی الوجوه؛ لظهوره فی کون طرفی هذه الشرکة وجیهاً فإنّ شرکة الوجیه و الخامل لیست بین الوجهین أو الوجوه- أنّ فی ضوء وجاهة عدّة وجوه یمکن تهیئة رأس مال أکثر لإیجاد الشرکة و هو مستلزم لتحصیل ربح أکثر طبعاً؛ ضرورة أنّ ما یوجد لوجیه واحد من منابع تأمین رأس المال أقلّ ممّا یوجد لعدّة وجوه. و أیضاً ما یتحمّله کلُّ واحد من الشرکاء المتعدّدین أقلّ ممّا یتحمّله شخصان شریکان، و من أجل ذلک یکون رغبة العقلاء إلی الشرکة بین عدّة وجوه أکثر من الشرکة بین وجیه و خامل. و لعلّ ما ذکرناه من المناسبة اللفظیة و الرغبات العقلائیة منشأ اشتهار هذا المعنی.

و أمّا حکمها: فلا خلاف بین فقهاء الشیعة فی بطلانها، إلّا ابن الجنید. و من العامّة جوّزها أبو حنیفة بجمیع معانیها.

و قد ردّه العلّامة فی المختلف بقوله: «لنا إجماع الفرقة، و خلاف ابن الجنید غیر معتدّ به؛ لانقراضه و حصول الاتّفاق بعده، و لأنّ الأصل عدم الشرکة و بقاء

(۱)- مسالک الأفهام ۴: ۳۰۸.

(۲)- جواهر الکلام ۲۶: ۲۹۸.

...

حقّ کلّ واحد علیه، و لأنّه ضررٌ عظیم، و لأنّ الشرکة عقد شرعی یتوقّف علی الإذن فیه» «۱».

و نظیره ما قال فی المفتاح- بعد نقل اتّفاق فقهاء الشیعة و إجماعهم علی بطلانها-: «و الحجّة علی بطلانها- بعد الإجماع- الأصل و الغرر و الضرر، و أنّه عقد یتوقّف علی الإذن» «۲».

أمّا الإجماع، فمن البعید کونه إجماعاً تعبّدیاً کاشفاً عن رأی المعصوم علیه السلام بما هو إجماعٌ. و ذلک لاستدلال مدّعی الإجماع

بالأصل و نفی الغرر و الضرر.

و أمّا الأصل، فالمقصود ظاهراً عموم حرمهٔ التصرّف فی مال الغیر؛ حیث لا مُخرج عنه من نصّ شرعی یدلّ علی جواز هذا العقد. و یمکن أن یراد به أصالهٔ عدم انتقال مال کلٍّ من الطرفین إلی ملک الآخر بغیر سبب شرعی ثابت بدلیل شرعی من نصّ أو إجماع؛ حیث لا نصّ یدلّ علی جواز هذا النوع من الشرکهٔ. و أمّا الإجماع فهو علی بطلانها متحقّق، لا علی جوازها.

و أمّا أدلّهٔ نفی الغرر و الضرر، فالوجه فی دلالتها علی بطلان شرکهٔ الوجوه، الجهل بأصل المال المتّجر به و مقداره و قابلیته للاسترباح. هذا مضافاً إلی ما سبق آنفاً من الاستدلال علی بطلان شرکهٔ الأعمال، من أنّ مرجع الشرکهٔ- مطلقاً أیّ نوع منها- إلی تملیک کلٍّ من الشریکین ماله لصاحبه.

و أنّ تملیک المال و نقله إلی ملک الغیر بحاجهٔ إلی سبب شرعی، و لو بامضاء السبب العرفی.

و لم یرد دلیل من الشارع یدلّ علی مشروعیهٔ هذا النوع من الشرکهٔ، بل

---

(۱)- مختلف الشیعهٔ ۶: ۲۳۰.

(۲)- مفتاح الکرامهٔ ۷: ۳۹۳.

و لا تصحّ- أیضاً- شرکهٔ المفاوضهٔ (۱)، و هی أن یعقد اثنان علی أن یکون کلّ ما یحصل لکلّ منهما- من ربح تجارهٔ، أو فائدهٔ زراعهٔ، أو اکتساب، أو إرث، أو وصیهٔ، أو غیر ذلک- شارکه فیه الآخر، و کذا کلّ غرامهٔ و خسارهٔ ترد علی أحدهما تکون علیهما. فانحصرت الشرکهٔ العقدیّهٔ الصحیحهٔ بشرکهٔ العنان.

مقتضی إطلاقات النصوص و عموماتها و القواعد الشرعیهٔ و فتاوی الأصحاب بطلانها.

نعم، لو وکّل کلُّ واحدٍ منهما صاحبه فی أن یشارکه فیما اشتراه؛ بأن یشتری المتاع لهما و فی ذمّتهما، یکون ذلک مشروعاً و یکون الربح و الخسران بینهما. و لا یعتبر فی ذلک التصریح اللفظی بقوله مثلًا: «اشتریت هذا المتاع لنفسی و لموکّلی»، بل یکفی مجرّد نیّهٔ الشراء لهما. کما هو مقتضی القاعدهٔ فی باب الوکالهٔ. و إنّ التوکیل بهذا النحو ینتج نتیجهٔ شرکهٔ الوجوه کما أشار إلیه السید الماتن، إلّا أنّه لیس بعقد الشرکهٔ.

شرکهٔ المفاوضهٔ

(۱) ۱- عرّفها العلّامهٔ فی التذکرهٔ بقوله: «و أمّا شرکهٔ المفاوضهٔ، فهی أن یشترکا لیکون بینهما ما یکتسبان و یربحان و یلتزمان من غرم و ما یحصل لهما من غنم، فیلزم کلَّ واحد منهما ما یلزم الآخر، من أرش جنایهٔ، و ضمان غصب، و قیمهٔ متلف، و غرامهٔ لضمان أو کفالهٔ، و یقاسمه فیما یحصل له من میراث، أو یجده من رکاز أو لقطهٔ، أو یکسبه. شرکهٔ المفاوضهٔ أن یکون مالُهما- من کلّ شیءٍ یملکانه- بینهما» «۱».

---

(۱)- تذکرهٔ الفقهاء ۲: ۲۲۰/ السطر ۱؛ انظر الحدائق الناضرهٔ ۲۱: ۱۵۹.

(مسألهٔ ۶): لو آجر اثنان نفسهما بعقد واحد لعمل واحد بأُجرهٔ معیّنهٔ، کانت الاجرهٔ مشترکهٔ بینهما

اشارة

(۱).

و هـذا التعریـف لاـ یفـترق عن تعریف السـید المـاتن، إلّـا فی بعض الألفـاظ من غیر تغییر فی المعنی. و کـذلک فی المسالـک «۱» و الجواهر «۲» و غیرهما.

و هی باطلـة باتّفـاق فقهائنـا الخاصّـة. و قـد عرفت آنفـاً مـا نُقـل من الإجماع علی بطلان غیر شـرکة العنان فی کلمات الأصـحاب و لا مخالف إلّا ما یوهمه کلام ابن الجنید و المحقّق الأردبیلی و قد عرفت آنفاً ما یستفاد من کلامهما.

و الدلیل علی بطلانها نفس الوجوه المستدلّ بها علی بطلان شرکة الوجوه، بل هی علی بطلان هذه الشرکة أوضح دلالةً و أقوی.

و علیه لا دلیل علی صحّة أنحاء الشرکة العقدیة غیر شرکة العنان، فانحصرت الشرکة العقدیة الصحیحة فی شرکة العنان.

الشرکة فیما حصل بعمل مشترک

(۱) ۱- یقع الکلام فی هذه المسألة من جهات:

الاولی: صحّة مثل هذه الإجارة، و عدم إضرار الجهل بمقدار حصّة کلّ من الأجیرین- حین إنشاء العقد- فی صحّته.

الثانیة: کون هذه الشـرکة من قبیل شـرکة الأموال، لا من قبیل شـرکة الأعمال، رغماً لإنشاء عقد الإجارة فی مفروض هذه المسألة علی عمل الأجیر.

---

(۱)- مسالک الأفهام ۴: ۳۰۹.

(۲)- جواهر الکلام ۲۶: ۲۹۸.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۸۴

...

الثالثة: بیان وجه اشتراک الاجرة أو الشیء المحاز بین العاملین و کیفیة تقسیمها بینهما.

لا یضر الجهل بالحصّة فی صحّة هذه الإجارة

أمّا الجهـة الاولی: فتصـحّ هـذه الإجارة بمقتضـی القاعـدة؛ لأنّها راجعة إلی تملیک ذات منفعة العمل- بمعنی قابلیته للانتفاع به- بإزاءِ الاجرة. و قد ثبت صحّتها بالنصوص المتواترة و الإجماع و الضرورة، و لا کلام فی ذلک.

و إنّما الکلام فی أنّ الجهل بحصّة کلٍّ من العاملین هل یضرّ بصحّتها؛ نظراً إلی لزوم الغرر و الضرر من ذلک، أم لا؟

و قـد صـرّح فی الشـرائع بتحقّق الشـرکة بـذلک بقوله: «نعم، لو عملا معاً لواحـد بأُجرة و دفع إلیهما شـیئاً واحـداً و عوضاً عن اجرتهما تحقّقت الشرکة فی ذلک الشیء» «۱».

و قـال فی العروة: «لو اسـتأجر اثنین لعمـل واحـد بـأُجرة معلومـة صـحّ، و کانت الاجرة مقسَّـمة علیهما بنسـبة عملهما. و لا یضـر الجهل بمقدار حصّة کلٍّ منهما حین العقد، لکفایة معلومیة المجموع» «۲».

و علّل فی الجواهر صـحّة هذه الإجارة و جواز الشرکة هذه بقوله: «و حینئذٍ فلا إشکال فی جوازها، من غیر فرق بین اختلاف عملهما و اتّفـاقه، و لاـ بین علمهمـا بنسـبة أحـد العملین إلی الآخر و عـدمه؛ لأنّ الاعتبار فی الصـفقة بالعلم بعوض المجموع، لا الأجزاء، و اجرة

المجموع هنا معلومة» «۳».

---

(۱)- جواهر الکلام ۲۶: ۲۹۷.

(۲)- العروة الوثقی ۵: ۲۷۷.

(۳)- جواهر الکلام ۲۶: ۲۹۷- ۲۹۸.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۸۵

...

و حاصل التعلیل أنّ المعتبر فی صحّة البیع و مشروعیته علم المتعاقدین بمجموع العوض الواقع بإزاءِ مجموع المعوّض، لا بآحاد أجزائه. و کذلک فی المقام؛ حیث إنّ المعوّض منفعة مجموع العملین، و بإزائها تدفع الاجرة، لا بإزاء منفعة کلّ واحدٍ من العملین علی حدة. و اجرة المجموع معلومة فی مفروض الکلام.

و قد أشکل بعض الأعلام «۱» علی التعلیل المزبور بما یتحصّل فی جهتین:

إحداهما: أنّ قیاس المقام بالصفقة فی البیعة- کما قال فی الجواهر- مع الفارق.

و ثانیتهما: لزوم الغرر لو وقعت الإجارة مبنیّة علی توزیع الاجرة بنسبة العملین.

أمّا الجهة الاولی: فبیانها أنّ المقام لا یقاس بالبیع؛ حیث إنّ الجهل بما یقابل کلّ جزءٍ من الثمن لا یقدح فی صحّة البیع و یکفی العلم بمجموع المبیع و مجموع الثمن. و ذلک لأنّ البیع فعل واحد صادر من بائع واحد لمشترٍ واحد متعلّق بمجموع شیئین بثمن واحد، فکلٌّ من البائع و المشتری و المبیع و الثمن معلوم، غایة الأمر أنّ جزءَ کلٍّ منهما الواقع بإزاءِ جزءِ الآخر مجهول، و هو غیر قادح بعد علم کلٍّ من البائع و المشتری بمقدار ما یملکه بإزاءِ ما یدفعه.

و هذا بخلاف المقام؛ لأنّ المملوک لکلٍّ من المستأجر و الأجیرین مجهولٌ.

فإنَّ المستأجر لا یعلم بمقدار ما یملکه فی ذمّة کلّ واحد من الأجیرین، کما أنّ کلّ واحد منهما لا یعلم بما یملکه فی ذمّة المستأجر. و السرّ فی ذلک أنّ الإجارة إذا وقعت مع الأجیرین تکون فی الحقیقة بمنزلة إجارتین. و من هنا لا یکفی معلومیة مقدار مجموع العمل، بل لا بدّ من علم المستأجر بمقدار ما یُملّکه کلُّ واحد من الأجیرین للمستأجر من منفعة العمل، کما لا بدّ من علم کلّ واحد منهما بمقدار ما

---

(۱)- المبانی فی شرح العروة الوثقی ۳۱: ۱۹۲- ۱۹۵.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۸۶

...

یملّکه المستأجر لکلّ واحدٍ منهما من الاجرة.

و علیه فقیاس المقام ببیع الصفقة مع الفارق. و بهذا التوجیه فرّق هذا العَلَم بین المقامین و حکم ببطلان الإجارة فی مفروض الکلام بمقتضی القاعدة.

ثمّ إنّه قدس سره صار بصدد تصحیح الإجارة فی المقام، بتوجیه: أنّ المنصرف عرفاً من إجارة شخصین لعمل واحد بأُجرة واحدة، إرادة تنصیف الاجرة بینهما.

فمرجعها إلى إجارة كلٍّ منهما بإزاء نصف الاجرة. و من هنا يكون اجرة كلٍّ منهما معلومة لكلّ من المستأجر و الأجير. و لا يُعتنى بزيادة عمل أحدهما عن عمل الآخر.

و أمّا الجهة الثانية: لو وقعت الإجارة مبتيّةً على توزيع الاجرة بينهما بنسبة العملين بطلت؛ للجهل بمقدار ما يملِّكه كلّ من المستأجر و الأجيرين للآخر. و لا يكفى العلم بالمجموع فى مثل المقام؛ نظراً إلى انحلاله إلى عقدين. هذا تحرير كلام هذا العَلَم فى المقام.

و فيه: أنّ اعتبار العلم بمقدار اجرة كلٍّ واحد من الأجيرين و كذا مقدار منفعة عمل كلّ منهما فى مفروض الكلام، لا وجه له، إلّا لزوم الغرر و الضرر الناشئين من الجهل بذلك.

و مقتضى التأمّل و الإنصاف عدم لزوم الغرر و الضرر بعد ما كان مجموع الاجرة معلوماً، سواءٌ كانت الشركة بينهما على التنصيف، أو كانت بنسبة عمل كلٍّ منهما إلى مجموع العملين، كما يرتفع الغرر بمعلومية نسبة ما يستحقّه كلٌّ من المالك و العامل من الربح فى المضاربة. و كذا فى المقام إذا كانت الشركة بعقد الجعالة، كما اعترف به هذا العَلَم فى المقام «۱». و السرّ فى ذلك أنّ العلم بنسبة سهم كلّ واحد من طرفى أو أطراف العقد رافع للغرر عند العقلاء.

---

(۱)- المبانى فى شرح العروة الوثقى ۳۱: ۱۹۴.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۸۷

...

و أمّا دعوى انحلال عقد الإجارة فى مثل المقام إلى إجارتين و جعل ذلك ملاك الفرق بين المقام و بين صفقة البيع، فهى غير وجيهة، بعد تبانى المستأجر و الأجيرين على وقوع مجموع العملين بعنوان عمل واحد بإزاء مجموع الاجرة. بل لا فرق بين المقام و بين الصفقة فى البيع من هذه الجهة، بل حتّى لو كان منصرف الإجارة فى مفروض الكلام إرادة توزيع الاجرة بين العاملين نصفين متساويين، لا تنحل الإجارة إلى إجارتين لما قلنا، من تبانى الأجيرين على كون مجموع العملين- بعنوان عمل واحد- معوّضاً. و عليه فمقتضى التحقيق فى المقام صحّة الإجارة.

هذه الشركة من قبيل الشركة فى الأموال لا الأبدان

أمّا الجهة الثانية: و هى أنّ الشركة فى مفروض الكلام من قبيل الشركة فى الأموال، لا الشركة فى الأعمال كما لعلّه يوهمه جمع العملين و وقوعهما لمستأجر واحد.

و الوجه فى ذلك أنّ الأجيرين إنّما يستحقّان و يملكان اجرة عملهما بعقد الإجارة على وجه الشركة. و هى تصير بذلك مالًا لهما و بحاجة إلى التقسيم و التفكيك. ففى الحقيقة تكون الشركة فى الأموال، لا الأعمال.

و قد سبق أنّ الشركة فى الأعمال هى متحقّقة بعقد الشركة، مبتياً على كون اجرة عمل كلٍّ من المتعاقدين مشتركاً بينهما، قبل أن يكون هناك أيّ سبب شرعى للشركة. و ليس المقام من قبيل ذلك؛ حيث لم تتحقّق شركة بعقد الشركة قبل عقد الإجارة، بل إنّما الشركة حصلت بعقد الإجارة للأجيرين اللّذين هما أحد طرفى العقد.

و إنّما اعتُبرت الاجرة هاهنا مالًا بخلافها فى شركة الأعمال؛ لأنّ الاجرة هاهنا دخلت فى ملك الأجير بسبب ناقل شرعى- و هو عقد الإجارة- فصارت مالًا.

و هذا بخلاف شركة الأعمال؛ حيث لم يتحقّق هناك سببٌ ناقل لتصير

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۸۸

...

الاجرة مالًا بدخولها فی ملك الأجیر.

و الحاصل: أنّ فی المقام بعد ما تملّك الأجیران الاجرة بعقد الإجارة و صارت مالًا لهما، تحقّقت الشركة بینهما فی مالهما، من دون أن تتحقّق بعقد الشركة. و قد سبق أنّ الشركة فی الأموال قد تتحقّق بسبب عقد من العقود من بیع شیئین بثمن واحد، أو شراءِ مال لأنفسهما مشتركاً أو هبة شخص ماله إیّاهما، أو إجارة كما نحن فیه، و غیر ذلك من العقود، و استشهدنا لذلك ببعض النصوص.

و هذا النوع من الشركة فی الأموال لیس من قبیل عقد الشركة. و علیه فالشركة فی الأموال أعمّ من المتحقّق بعقد الشركة و بعقد من العقود. و لكن الشركة فی الأعمال إنّما تتحقّق بنفس عقد الشركة- كما سبق فی تعریفها؛ بأن یقولا اشتركنا فی اجرة أعمالنا. و ذلك قبل أن یتحقّق عقد من العقود.

و یشهد لما قلنا ما قال صاحب الجواهر- فی ذیل كلام صاحب الشرائع السابق آنفاً-: «إلّا أنّها لیست من شركة الأعمال، بل هی من شركة الأموال نحو ما لو آجر كلّ منهما نفسه منفرداً، ثمّ أدّی المستأجر إلیهما مالًا مشتركاً، فإنّ الشركة فی المال خاصّة قطعاً» «۱».

و ما قال فی مفتاح الكرامة فی ذیل كلام العلّامة: «و هذه و إن اشتبهت شركة الأبدان بحسب الصورة، لكنّها فی الواقع راجعة إلی شركة الأموال» «۲».

هذا، و لكن لیست هذه الشركة من قبیل عقد الشركة؛ لعدم إیجاد الشركة بعقدها، بل بعقد آخر و هو عقد الإجارة. فلیست بعقد الشركة، و إن كانت سبب إیجادها عقد الإجارة فی الصورة الاولی، و الحیازة فی الصورة الثانیة.

(۱)- جواهر الكلام ۲۶: ۲۹۷.

(۲)- مفتاح الكرامة ۷: ۳۹۸.

دلیل تحریر الوسیلة - الشركة و القسمة، ص: ۸۹

...

وجه اشتراك الأجیرین فی الاجرة و كیفیة تقسیمها

و أمّا الجهة الثالثة: و هی وجه اشتراك الاجرة، فقد تبیّن ممّا قلناه آنفاً، و هو تبانیهما و التزامهما بكون مجموع عملهما- بعنوان عمل واحد- معوّضاً بإزاء مجموع الاجرة المدفوعة، بل انشئَ العقد مبتیّاً علی ذلك. و علیه فیستحقّان الاجرة علی وجه الاشتراك.

و أمّا كیفیة تقسیم الاجرة بینهما، فمقتضی التحقیق و المساعد لفهم أهل العرف فی المقام أنّه لو كانت هناك قرینة توجب ظهور كلام المتعاقدین فی تقسیم الاجرة بنسبة العملین تُؤخذ بها، و إلّا تُقسّم الاجرة بینهما نصفین. و ذلك لانصراف الإنشاء إلیه فی مثل المقام عند الإطلاق و عدم القرینة.

و حاصل الكلام: أنّ مقتضی القاعدة التنصیف بینهما عند إطلاق عقد الإجارة و عدم وجود قرینة صارفة.

و علیه فلو كانت هناك قرینة صارفة إلی التقسیم بنسبة العملین كمّاً و كیفاً، تؤخذ بها و تقسّم الاجرة حینئذٍ بینهما بحسب ذلك. و تلك القرینة إمّا لفظیة بتعیین سهم كلّ منهما بالكسر المشاع، أو قرینة عرفیة، كاستقرار عادة أهل العرف علی إعطاء الاستاذ ضعف اجرة التلمیذ. و أمّا إذا لم تكن هناك قرینة علی التقسیم بالنسبة تُقسَّم الاجرة بینهما نصفین.

هذا، و لكن یظهر من جماعة من الفقهاء تقسیم الاجرة بین الأجیرین بنسبة عمل كلّ واحد منهما إلی مجموع العملین. قال العلّامة فی

القواعد: «و لو باعا بثمن واحد أو عملا بأجرة واحدة ثبتت الشرکة، تساوت القیمتان أو اختلفتا و لکلّ منهما بقدر النسبة من القیمة» «۱».

---

(۱)- قواعد الأحکام ۲: ۳۲۶.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۹۰

و کذا لو حاز (۱) اثنان معاً مباحاً، کما لو اقتلعا معاً شجرة، أو اغترفا ماءً دفعة بآنیة واحدة، کان ما حازاه مشترکاً بینهما. و لیس ذلک من شرکة الأبدان حتّی تکون باطلة. و تقسم الاجرة و ما حازاه بنسبة عملهما، و لو لم تُعلم النسبة فالأحوط التصالح.

و قال فی جامع المقاصد: «و طریق معرفة حقّ کلّ منهما من مجموع الثمن و الاجرة، نسبة قیمة مال أحدهما أو عمله إلی مجموع القیمتین، و اخذ بتلک النسبة من الثمن و الاجرة» «۱». و اختار ذلک فی العروة، کما سبق نقل کلامه آنفاً.

و هذا موافق لما صرّح به السید الماتن قدس سره فی ذیل هذه المسألة بقوله: «و تقسّم الاجرة و ما حازاه بنسبة عملهما». و لکن مقتضی القاعدة ما قلناه. فلو کان مقصودهم التقسیم بالکسر المشاع المعیّن فی مجلس العقد لفظاً أو بقرینة قطعیة أو غالبیة عرفیة بحیث تعطی الظهور لإنشاء العقد، فلا بأس به، و إلّا لا یمکن الالتزام به؛ لعدم إمکان تعیین حدّ و لا ضابطة فی تحدید مقدار النسبة فی الموارد المختلفة بما لها من الخصوصیات الجزئیة.

حکم حیازة شخصین شیئاً واحداً

(۱) ۱- کلُّ ما سبق کان فی إجارة اثنین، و الکلام هاهنا فی حیازة اثنین شیئاً واحداً، کما لو اقتلعا شجرةً أو اغترفا ماءً بآنیة واحدة أو اصطادا بشبکة واحدة أو حفرا بئراً أو أحییا أرضاً معاً. و مقتضی القاعدة هاهنا أیضاً تحقّق الشرکة فی الحیازة و صحّتها و عدم کونها من شرکة الأبدان.

---

(۱)- جامع المقاصد ۸: ۱۸.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۹۱

...

و أمّا تحقّق الشرکة و صحّتها، فالوجه فیه اشتراک سبب الملک، الذی هو العمل. و لا دخل لقصد الشرکة بعد ما کان کلٌّ من المحاز و سبب تملّکه واحداً؛ لصدوره منهما معاً. فلا یرد الإشکال حینئذٍ بعدم قبول الحیازة، النیابة و الوکالة. نعم لو کان لکلّ منهما حیازة مقدار من الأرض أو بئر علی حدة، أو ماءٍ بآنیة اخری غیر ما اغترف به الآخر، لا وجه للشرکة؛ نظراً إلی تعدد کلٍّ من المحاز و الفعل المحاز الذی هو سبب الملک. فیختصّ حینئذٍ کلُّ محاز بحائزه، بخلاف ما لو عُدّ فعلهما عملًا واحداً مشترکاً عرفاً لوحدة الشیء المحاز، کالأمثلة المزبورة. فتحصّل أنّ وجه اشتراکهما فی المحاز فی مفروض الکلام وحدة المحاز عرفاً، بل و اتّحاد عملهما یدور مدار وحدة المحاز عرفاً.

و أمّا إذا کان عمل الحیازة متعدّداً فی نظر العرف، و لو باعتبار تعدُّد ما حازه العاملان، وقع الکلام فی أنّه هل تحصل لهما الشرکة فی المحازین إذا کان حیازة کلٍّ منهما بقصد کون نصف ما حازه للآخر نیابةً عنه حتّی یفید الشرکة؛ نظراً إلی البناء علی کون الحیازة ممّا تقبل النیابة و الوکالة أم لا؛ للبناء علی عدم قبولها النیابة؟

و على الصورة الثانية ينبغى حمل كلام صاحب الشرائع فى قوله: «لكن الأشبه فى الحيازة اختصاص كلّ واحد بما حازه». و من هنا استدركه بقوله: «نعم لو اقتلعا شجرة أو اغترفا ماءً دفعةً تحقّقت الشركة».

و يشهد لذلك تعليل صاحب الجواهر الاختصاص المزبور بقوله: «لأصالة عدم دخوله فى ملك الغير حتّى مع النيّة؛ لعدم ثبوت قبول مثله النيابة، فضلًا عمّا إذا لم ينو، فإنّه لا وجه له، إلّا على جواز شركة الأبدان المعلوم بطلانها عندنا» «۱».

و قد عرفت أنّ شركة الأبدان هى الشركة فى اجرة الأعمال الحاصلة بعقد

---

(۱)- جواهر الكلام ۲۶: ۲۹۰.

...

الشركة، من دون حصولها بسبب شرعى كالإجارة و الحيازة. و عليه فينبغى أن يكون مقصوده من الاستثناء؛ أنّه لا وجه لذلك، إلّا بناءً على حصول الشركة فى الاجرة أو المحاز بنفس عقد الشركة.

ثمّ إنّه قدس سره لمّا بنى على عدم قبول الحيازة النيابة، اعترض على صاحب المسالك بقوله: «و من ذلك يعلم ما فى المسالك من أنّه ينبغى أن يستثنى من ذلك ما لو كان عمل كلٍّ بنيّة الوكالة لصاحبه فى تملّك نصف ما يحوزه، فإنّه حينئذٍ يتوجّه الاشتراك؛ لأنّ ذلك ممّا يقبل النيابة» «۱». هذا.

مقتضى التحقيق فى المقام

و لكنّ الأقوى أنّ الحيازة تقبل النيابة. و الوجه فى ذلك استقرار السيرة العقلائية على ذلك؛ إذ يوكّلون الغير فى الحيازة و الإحياء، و أيضاً يستأجرون الأشخاص لحيازة الأشياء فى البرّ و البحر. و إنّهم يحوزون للمستأجرين و الموكّلين.

و لم يرد من الشارع ما يردع عن ذلك.

و أمّا ما اشتهر فى ألسنة الفقهاء، من أنّ: «من حاز شيئاً ملكه» ليس من لفظ النصّ لكى يؤخذ بإطلاقه. و إنّما ورد النصّ فى موارد خاصّة، مثل الإحياء و أخذ الطائر المالك لجناحيه. و على أىّ حال فهذا التعبير محمول على حيازة الحائز لنفسه. فالمعنى المقصود أنّ من حاز شيئاً لنفسه يملكه.

فالحقّ فى المقام مع صاحب المسالك. و لا يرد عليه إشكال صاحب الجواهر. و اتّضح بذلك أنّه إذا تعدّد عمل الحيازة عرفاً يجوز إيجاد الشركة فى الشىء المحاز بقصد كلّ منهما نيابة صاحبه فى نصف ما يحوزه. و أنّ الشركة هذه

---

(۱)- نفس المصدر.

...

من قبيل شركة الأموال؛ إذ لم يعقدا على كون اجرة عمل كلٍّ منهما مشتركاً بينهما حتّى تكون من قبيل شركة الأبدان، بل إنّما أوجدا سبب ملكية شىءٍ معاً، فلا محالة يكون المحاز المسبّب منه مشتركاً بينهما.

و حاصل الكلام: أنّ الأقوى فى المقام التفصيل بينما إذا كان العملان واحداً بسيطاً فى الخارج، كقلع الشجرة أو اغتراف الماء بآنية

واحدة و الاصطياد بشبكة واحدة أو إخراج المعدن بآلة واحدة و نحو ذلك، ممّا يعدّ فى نظر أهل العرف عملًا واحداً بسيطاً. فمقتضى القاعدة حينئذٍ الاشتراك فى المحاز. و إنّ الشركة الحاصلة على التنصيف عند الإطلاق، و إن كان أحدهما أكثر قوّة من الآخر، كما جرى على ذلك مذهب الأصحاب فى أبواب الضمانات. و هذا بخلاف ما لم يكن من هذا القبيل، بأن كان عملًا مركّباً ذا أجزاء أو كان عمل كلّ منهما واحداً مستقلّاً عن الآخر، فينبغى الحكم حينئذٍ باختصاص كلّ محاز بمن حازه بعمله الخاصّ، إلّا إذا نوى كلّ واحد منهما النيابة عن الآخر فى نصف ما يحوزه، أو يملّكه له بعد الحيازة.

و لأجل ذلک أشكل بعض الأعلام «۱» على صاحب الجواهر؛ حيث قال بالتنصيف مطلقاً بلا فرق بين المركّب و البسيط «۲».

و لا يخفى أنّه يمكن أيضاً إيجاد الشركة بطريق المصالحة على منفعة العملين بدينار فيُنتج ذلك نتيجة شركة الأعمال، من دون لزوم محذورها، كما سبق.

و أمّا كيفية تقسيم المحاز، فمقتضى التحقيق فيها ما سبق آنفاً، من أنّ المتفاهم العرفى المرتكز بين أهل العرف بمقتضى عادتهم فى مثل إجارة شخصين أو

---

(۱)- المبانى فى شرح العروة الوثقى ۳۱: ۱۹۶.

(۲)- جواهر الكلام ۲۶: ۲۹۰.

...

حيازتهما شيئاً واحداً تنصيف الاجرة و المحاز، إلّا أن يكون هناك قرينة على إرادة التقسيم بنسبة العملين.

و بناءً على القول بالتقسيم بنسبة العملين فإذا عُلمت النسبة و لو بالكسر المشاع فهى، و إلّا فمع الجهل يظهر من السيد الماتن الاحتياط الوجوبى بالتصالح.

و لكن لا وجه له ظاهراً، بل مقتضى الإنصاف حينئذٍ التنصيف، بل هو المتيقّن من مورد التنصيف عند الإطلاق؛ لأصالة عدم زيادة سهم كلٍّ منهما عن الآخر. كما أشار إليه فى الجواهر بقوله: «أو يحكم بالنصف لأصالة عدم زيادة أحدهما على الآخر، بل قد يحتمل كونه كذلك مع اختلافهما فى القوّة و الضعف لصدق اتّحاد فعلهما فى السببية و اندراجهما فى قوله «من حاز ملک»، و لعدم الدليل على اقتضاء ذلك التفاوت فى المحاز، و إن كان هو منافياً للاعتبار العقلى الذى لا يرجع إلى دليل معتبر شرعاً» «۱».

بل حتّى لو علم إجمالًا بزيادة عمل أحدهما عن الآخر، مقتضى القاعدة التنصيف عند عدم قرينة على التقسيم بالنسبة. نعم الأحوط استحباباً حينئذٍ. فلا وجه للاحتياط بالتصالح حينئذٍ مطلقاً.

---

(۱)- نفس المصدر.

[شرائط الشركة]

(مسألة ۷): يشترط فى عقد الشركة العنانية: أن يكون رأس المال من الشريكين ممتزجاً امتزاجاً رافعاً للتميّز

اشارة

(۱) قبل العقـد أو بعده؛ سواء كان المالان من النقود أم العروض، حصل به الشـركة كالمائعات أم لا، كالدراهم و الدنانير، كانا مثليّين أم قيميّين. و فى الأجناس المختلفـة التى لا يجرى فيها المزج الرافع للتميّز، لا بـدّ من التوسّل بأحـد أسباب الشـركة على الأحوط، و لو كان المال مشتركاً كالمورّث يجوز إيقاع العقد عليه، و فائدته الإذن فى التجارة فى مثله.

شرائط الشركة

(۱) ۱- و قـد تقـدّم فى المسألـة الاولى وجه اعتبار الامتزاج الرافع للتميز فى تحقّق الشـركة الواقعيـة غير العقدية، و كفايته لذلك، من غير اعتبار قصد حصول الشركة بذلك.

و حاصـل مـا سـبق هناك من الكلام فى وجه اعتباره: أنّ بالامتزاج الرافع للتميز تسـرى الملكيـة إلى جميع أجزاء المال الممزوج على نحو الإشاعـة الحقيقية، و تتحقّق بذلك الشـركة الواقعية قهراً، من دون دخل لقصد حصول الشـركة. و قلنا هناك- فى ردّ كلام السـيد اليزدى؛ حيث اعتبر كون المزج بقصد الشركة- إنّ مجرّد حصول الامتزاج الرافع للتمييز يكفى فى حصول الشركة؛ حيث إنّه لا يتصوّر

...

اختصاص كلّ من المالين بمالكه عند ارتفاع التمييز و عدم إمكان التمييز بين المالين و عزل كلّ منهما عن الآخر. فلا مناص حينئذٍ من الالتزام بحصول الشركة الواقعية.

و من هنا رجّحنا هناك ما ذهب إليه السيد الماتن من كفاية ارتفاع التمييز بين المالين فى حصول الشركة الواقعية.

نعم، قد يقال باعتبار كون المزج اختيارياً و إنّ بالمزج القهرى الخارج عن الاختيار لا تتحقّق إلّا الشركة الظاهرية و لكن سبق من السيد الماتن كفاية مجرّد المزج الرافع للتمييز فى تحقّق الشركة الواقعية غير العقدية.

و لكن كلُّ ما سـبق كان فى الشـركة غير العقديـة. و الـذى محلّ الكلام فى هـذه المسألـة هو الشـركة العقديـة فى الأموال المعبّر عنها بشركة العنان.

المعروف بين الفقهاء- من القدماء و المتأخّرين- اعتبار الامتزاج فى عقد الشركة.

قـال فى المفتـاح: «و قـد طفحت عبـاراتهم، كالمبسوط و الخلاف و الكافى و الوسـيلة و الغنيـة و السـرائر و غيرها بأنّها لا تصـحّ بـدون المزج، و أنّها إنّما تصحّ مع المزج. و ادّعى فى الغنية و السـرائر الإجماع على أنّ من شـرطها خلط المالين حتّى يصيرا مالًا واحداً. و فى التذكرة و ظاهر جامع المقاصد الإجماع على أنّها لا تصحّ بدون مزج المالين. و فى الخلاف أنّ ذلك مجمع عليه. قال فى النافع: تصحّ مع امتزاج المالين المتجانسين على وجه لا يمتاز أحدهما عن الآخر. انتهى فليتأمل.

و الحاصـل أنّ كلمـاتهم متّفقـة على أنَّ المزج شـرط فى الصـحّة و متى لم يخلُطـاه لم تصـحّ. و مـا خـالف فى ذلـك، إلّا أبو حنيفـة و صاحب الحـدائق. قال الأوّل: إذا قال: قـد اشتركنا انعقـدت الشـركة، و إن لم يمزجاه كالوكالـة. و فيه أنّ الشـركة ليس من شـرطها أن يكون من جهة الوكيل مال. و قال الثانى: إنّا لم نظفر لهم بدليل على ما ذكروه من

...

اشتراط التجانس و الامتزاج، بل ظاهر الأخبار العموم» «۱».

قوله: «من جهة الوكيل مالٌ» أى: سلطة الشريك على مال صاحبه ليست من ناحية كونه وكيلًا عنه كما فى الوكالة، فلا يقاس بها؛ هذا.

و لكن قال في المبسوط: «و في الناس من قال: الخلط ليس من شرط صحّة الشركة، فإذا تلفّظا بالشركة انعقدت. و إذا ارتفع الربح كان بينهما. و الأوّل أقوى لحصول الإجماع على انعقاد الشركة به و في الثاني خلافٌ فيه. و لأنّ الاشتراك هو الاختلاط في اللغة فينبغي أن يُراعى معنى الاختلاط» «۲».

و كلامه- كما ترى- ظاهرٌ في أنّ معقد الإجماع إنّما هو انعقاد الشركة بالخلط، لا عدم انعقادها بدونه، بل في انعقادها بدونه اختلاف بين الفقهاء.

و نظير ذلك يظهر منه في الخلاف؛ حيث قال: «لا تنعقد الشركة إلّا في مالين مثلين في جميع صفاتهما و يخلطان ... و قال أبو حنيفة: تنعقد الشركة بالقول، و إن لم يخالطاهما؛ بأن يُعيّنا المال و يحضراه و يقولا: قد تشاركنا في ذلك، صحّت الشركة ... دليلنا: أنّ ما اعتبرناه مجمع على انعقاد الشركة به و ليس على انعقادها بما قاله دليلٌ فوجب بطلانه» «۳».

و عليه فما نقله في مفتاح الكرامة من كتاب الخلاف من أنّ اشتراط المزج في شركة العنان و عدم انعقادها بدونه، مجمعٌ عليه، لا يستفاد من كلام الشيخ في الخلاف كما لاحظته، بل غايته عدم دليل من إجماع أو غيره على انعقادها بدون المزج.

---

(۱)- مفتاح الكرامة ۷: ۳۹۶.

(۲)- المبسوط ۲: ۳۴۷.

(۳)- الخلاف ۳: ۳۲۷.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۹۸

...

كلام السيد الخوئي

و لكن للسيد الخوئي في المقام كلاماً، حاصله:

أنّ في اعتبار المزج في صحّة الشركة العقدية مناقشة ثبوتاً و إثباتاً. أمّا في مقام الثبوت بلحاظ إمكان أخذ الامتزاج شرطاً، فإن كان المراد المزج التامّ الرافع للتمييز الذي تتحقّق به الشركة الواقعية، فلا يخلو الامتزاج من أخذه شرطاً إمّا قبل العقد أو بعده. أمّا قبل العقد، فلا يُعقل أخذه في حصول الشركة. و ذلك لأنّه تمام سبب الشركة، فيصبح العقد لغواً لا أثر له في حصول الشركة. و إن كان المقصود أخذ الامتزاج المتأخّر عن العقد في حصولها، فأيضاً يصير العقد لغواً؛ لتحقّق الشركة بالمزج، سواءٌ سبقه العقد أم لا، كما لا فرق في ذلك بين المزج الاختياري و بين المزج القهري.

و احتمال كون المزج المتأخّر كاشفاً عن تحقّق الشركة سابقاً بالعقد- كالإجازة اللاحقة من المالك في البيع الفضولي- تكلُّف بلا موجب؛ نظراً إلى استقلال المزج في سببيته للشركة، فبمجرّد تحقّقه تتحقّق الشركة بلا حاجة إلى سبق العقد، و هذا بخلاف الإجازة اللاحقة؛ لعدم كونه سبباً مستقلّاً للنقل. هذا، مع أنّه خلاف ظاهر كلمات الأصحاب؛ لظهور كلماتهم في أنّ المزج شرط مقارن.

نعم، لو كان المراد المزج غير التامّ الحاصل به الشركة الظاهرية- على ما التزم به صاحب العروة- كمزج الدرهم بمثله، فهو أمر معقول. و لا يلزم حينئذٍ لغوٌ؛ نظراً إلى حصول الشركة الواقعية بالعقد و الظاهرية بالمزج. و لعلّه مرادهم من الامتزاج المعتبر في عقد الشركة، و لا سيّما من لم يشترط في الامتزاج اتّحاد الجنس و الوصف.

و أمّا في مقام الإثبات و قيام الدليل على اعتبار المزج في الشركة العقدية فلم يُدَّعَ إلّا الإجماع. و الظاهر عدم انعقاده، و إن جاء في كلمات بعض كالعلّامة؛ حيث

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۹۹

...

لم يتعرّض لهذه المسألة أكثر القدماء بالمرّة، و من تعرّض لها عبارته قاصرة عن إثبات الإجماع على اعتبار المزج، بل غاية ما يستفاد من كلامه- كالمحكى عن الشيخ و القاضى فى الجواهر- حصول الإجماع على صحّة عقد الشركة مع الامتزاج و عدم حصوله على الصحّة مع عدم الامتزاج.

نعم، تعرّض ابن حمزة إلى اشتراط المزج و ادّعى عليه الإجماع، إلّا أنّ الشهيد فى اللمعة و المحقّق فى الشرائع لم يتعرّضاه بالمرّة، و إنّما تعرّضا لسببية المزج قهراً للشركة، هذا مع تصريح صاحب الحدائق بعدم اعتباره. ثمّ استنتج هذا العَلَم فى ختام كلامه أنّه لا طريق إلى إحراز الإجماع التعبّدى على اعتبار الامتزاج.

فلا مناص حينئذٍ من الرجوع إلى مقتضى القاعدة، و هو عدم اعتباره فى عقد الشركة، كما مال إليه فى العروة. انتهى حاصل كلام هذا العَلَم «۱».

نقد كلام السيد الخوئى

و لكنّك تعرف أنّه ما أبعد بين كلامه و بين ما نقل فى المفتاح عن فحول الفقهاء من القدماء و المتأخّرين من دعوى الإجماع على ذلك و حصر المخالف فى أبى حنيفة من العامّة و صاحب الحدائق من الخاصّة.

نعم، فى عبارة المبسوط السابقة آنفاً دلالة على وجود من قال بعدم اشتراط الامتزاج، إلّا أنّ فى تعبيره بالناس لا يخلو من الإشارة إلى بعض أهل العامّة كأبى حنيفة، كما صرّح بذلك فى الخلاف «۲».

و أمّا ميل صاحب العروة فلو كان مقصود هذا العَلَم أنّه مال إلى إنكار الإجماع

---

(۱)- المبانى فى شرح العروة الوثقى ۳۱: ۱۹۷- ۱۹۹.

(۲)- الخلاف ۳: ۳۲۸.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۱۰۰

...

فهو ممنوع، بل ظاهر كلامه أنّ تحقّق الإجماع و ظهوره فى اعتبار الامتزاج فى شركة العنان أمر مفروغ عنه. و لكن مقتضى القاعدة- لو لا الإجماع- عدم اعتبار الامتزاج عملًا بالعمومات. و هذا لا ينكره أحدٌ. و إن شئت فإليك نصّ كلامه، قال:

«بل لو لا ظهور الإجماع على اعتبار الامتزاج أمكن منعه مطلقاً، عملًا بالعمومات» «۱». و أمّا عدم تعرّض الشهيد و المحقّق لاعتبار المزج فى شركة العنان فلعلّ الوجه فيه اكتفاؤهما بذكر سببيته فى أصل الشركة و لو بغير اختيار. هذا، مع أنّه لم يذكر مخالفٌ باسمه فى كلمات واحد من الأصحاب، إلّا أبو حنيفة من العامّة و المحدّث البحرانى من الخاصّة.

و أمّا إشكاله فى مقام الثبوت، فلا وجه له. و ذلك لأنّ عقد الشركة عمدة فائدتها هى التجارة بالمال المشترك تحت تدبير كلّ واحد من الشريكين؛ رجاءً لحصول النفع الأكثر ببركة فكرته الاقتصادية و تجربته التجارية. و هذا الغرض الاقتصادى أمر مرتكز فى أذهان العقلاء و جرت عليه سيرتهم فى الشركات العقدية، سواءٌ كان ذلك بإذن صريح أم بتضمّن نفس إنشاء العقد للإذن لأجل قرينةٍ.

و إنّ عقد الشركة و إن جرت عليه سيرة العقلاء من لدن زمان الشارع، إلّا أن المتيقّن من مصبّها صورة تحقّق المزج، و أمّا جريانها فى

غیر صورة تحقّقه فغیر معلوم؛ هذا.

مع أنّ العقود و الإیقاعات- بعد العلم باستقرار دأب الشارع علی ردع کثیر ممّا جرت علیه سیرة العقلاء من المعاملات باعتبار قیود و شرائط شرعیة- أسباب شرعیة و بحاجة إلی إمضاء الشارع، و لو بإحراز عدم ردعه. و إحراز ذلک مع عدم ذهاب الأصحاب علی صحّتها بدون المزج مشکلٌ جداً.

---

(۱)- العروة الوثقی ۵: ۲۷۹.

...

و أمّا ما نشاهده فی عصرنا من إنشاء عقد الشرکة فی النقود بین العقلاء- المتشرعة و غیرهم- فمن قبیل عقد الشرکة فی الدراهم و الدنانیر المتماثلة. و قد سبق من الریاض و الجواهر جریان سیرة المسلمین علی ذلک فی طیّ القرون و تمادی الأعصار. مع أنّهم اعتبروا فیها اختلاط النقود. و هذا متحقّق فی زماننا بجعل مجموع السهام فی رقم واحد من الحساب البنکی إذ لا میز بین النقود عندهم، إلّا باختلاف أرقام الحساب البنکی و أسامی صاحبیها، أو بعلامة جعلیة اخری معدومة فی هذه الشرکات.

و من هنا جعل جماعةٌ من فحول الفقهاء- کما سیأتی کلامهم- جواز تکسّب کلّ من الشریکین بالمال المشترک من ثمرات عقد الشرکة، من دون حاجة إلی صدور إذن غیر ما تضمّنه نفس إنشاء عقد الشرکة بالقرینة. و علیه فلا یُصبح عقد الشرکة بحصول الامتزاج لغواً، بل الامتزاج یفید أصل الشرکة. و إنشاء العقد یفید فائدة جواز التکسّب بالمال المشترک لکلّ من الشریکین رأساً، و لو بمعونة القرینة.

و أمّا ما جاءَ فی کلام شیخ الطائفة من التعلیل لاشتراط المزج بقوله: «و لأنّ الاشتراک هو الاختلاط فی اللغة فینبغی أن یُراعی معنی الاختلاط» «۱»، فلا یصلح للدلیلیة. و ذلک لأنّ الاختلاط الذی فُسّر به الاشتراک فی اللّغة هو ضربٌ من الاختلاط و هو سریان الحقوق و شیاع الملکیة، و هذا المعنی لیس إلّا حقیقة الشرکة و ماهیتها. فلو کان الاختلاط الذی اعتبره الأصحاب فی شرکة العنان هذا المعنی، لیرجع کلامهم إلی اعتبار حقیقة الشرکة فی شرکة العنان. فلیس الاختلاط بهذا المعنی معتبراً فی صحّة شرکة العنان، بل المعتبر هو اختلاط أجزاء عین المالین و امتزاجهما بحیث یرتفع التمییز عن أجزائهما تماماً بالمرّة أو عن آحادهما ظاهراً

---

(۱)- المبسوط ۲: ۳۴۷.

...

کما فی اختلاط الدراهم و نحوها.

و اتّضح بهذا البیان وجه جواز إیقاع الشرکة علی المال المشترک کالإرث و إفادته الإذن فی التجارة، کما جاء فی ذیل کلام السید الماتن.

و أمّا نفی الفرق فی حصول الشرکة بالامتزاج الرافع للتمییز بین حصول المزج قبل العقد و بعده، فقد عرفت وجهه بما أجبنا عن بعض الأعلام لترتّب الفائدة المزبورة فی کلتا الصورتین بلا فرق و لحصول الشرکة علی أیّ حال.

و أمّا نفی الفرق بین کون المالین من النقود أو من العروض و بین المزج التامّ الحاصل به الشرکة الواقعیة کمزج المائعات و الأدقة و

بین المزج غیر التام الحاصل به الشـرکة الظاهریة فی غیرهما من الدراهم و الدنانیر و الحبوبات، و کذا عدم الفرق بین مختلفی الجنس و متّحدیه، فقد عرفت وجه ذلک کلّه فی مباحث الشرکة غیر العقدیة.

و عرفت آنفاً أنّ إشکال اللغویة مرتفع فیما إذا حصلت الشرکة الظاهریة بالمزج غیر التامّ، کما اعترف به العَلَم المذکور.

و أمّا عـدم الفرق بین القیمیـات و غیره فـالوجه فیه أنّ فیهـا و فی المزج غیر الرافع للتمییز- حتّی فی المثلیات- یتوسّل قبل العقـد بأحد أسباب الشرکة قبل العقد أو بعده؛ لأنّه مقتضی اعتبار المزج.

و من هنا لا یلائم احتیاط السید الماتن فی ذلک مع فتواه باعتبار المزج، بل التوسّل بأسباب الشرکة معتبر حینئذٍ.

و أمّا ما أشار إلیه الماتن فی ذیل المسألة، من کون فائدة العقد فی شرکة المال المورّث الإذن فی التجارة، فهو منقوض بما سیأتی منه، من اعتبار الإذن الخاصّ من کلّ واحد من الشریکین لصاحبه بالتصرّف فی المال المشترک للتکسّب، و عدم کفایة مجرّد عقد الشرکة فی ذلک.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۱۰۳

(مسألة ۸): لا یقتضی عقد الشرکة- و لا إطلاقه- جواز تصرّف کلّ من الشریکین فی مال الآخر بالتکسّب

اشارة

، إلّا إذا دلّت قرینـة حالیـة أو مقالیـة علیه، کما إذا کانت الشـرکة حاصـلة- کالمورّث- فأوقعا العقـد، و مع عـدم الدلالة لا بدّ من إذن صاحب المال (۱)،

اعتبار إذن الشریک فی تصرّف صاحبه

(۱) ۱- سبق الکلام مفصّلًا فی وجه عدم جواز تصرّف بعض الشرکاء فی المال المشترک من غیر إذن سائر الشرکاء فی المسألة الثانیة.

و حاصله: أنّ الشرکة بنفسها لا تکشف عن رضا أحد الشریکین بتصرّف الآخر فی المال المشترک، مطلقاً من غیر فرق بین کون سببها اختیاریاً کالمزج الاختیاری أو قهریاً، کالإرث و الامتزاج القهری؛ لخروج ذلک عن حقیقة الشـرکة، کما هو خارج عن مقتضی السبب القهری.

نعم، لو أذن أحـدهما بتصـرّف صـاحبه فی سـهمه، جاز لصاحبه التصـرُّف فی جمیع المال المشترک- فی سـهمه یجوز اسـتحقاقاً و فی سهم صاحبه بالإذن- و یدور ذلک مدار کیفیة الإذن سعةً و ضیقاً.

و الحاصـل: أنّهم اتّفقوا علی عـدم جواز تصـرّف کـلٍّ من الشـریکین بغیر إذن صـاحبه بعـد تحقّق الشـرکة بـالمزج، کما أشار إلیه فی المفتاح بقوله: «کما طفحت بهذا المعنی عباراتهم» «۱».

و قد سبق تحریر کلمات الأصحاب هناک، فراجع.

---

(۱)- مفتاح الکرامة ۷: ۳۹۹.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۱۰۴

...

و لکن کـلّ مـا سـبق من الکلاـم کـان فی الشـرکة غیر العقدیـة. و هی خارجـةٌ عن محـلّ الکلاـم، فإنّ محلّ الکلام هاهنا فی الشـرکة

العقدية.

و أمّا الشركة العقدية، فقد وقع الخلاف في ذلك، و ذهب جماعة إلى جواز تصرّف كلٍّ من الشريكين بنفس إنشاء عقد الشركة بالصيغة، بلا حاجة إلى تصريح الآخر بالإذن، بل عرّفوا الصيغة بما دلّ على الإذن كما في القواعد و التذكرة و التحرير و المسالك و جامع المقاصد «۱». و نقل في المفتاح عن التذكرة أنّه علّل ذلك بما حاصله: «لأنّ الاصل عصمة الأموال على أربابها، فلا يصحّ التصرّف فيها، إلّا بإذنهم. و إنّما يُعلم الرضا و الإذن باللفظ الدالّ عليه؛ لأنّ الأفعال لا دلالة لها. و هذه الصيغة قد تكون قبل المزج فتدلّ على الرضا به و بالتصرّف للاستنماء و الاسترباح» «۲».

و خالف ذلك جماعة و اختاروا عدم جواز تصرُّف كلٍّ من الشريكين في المال المشترك، مطلقاً حتّى في التكسُّب و التجارة به، إلّا بإذن الآخر، و هو قول أبي حنيفة و أحد قولي الشافعي كما قال في المفتاح «۳».

قال في جامع المقاصد: «و لا بدّ من صيغة؛ لأنّ الأصل عصمة الأموال على أربابها، فلا يصحّ التصرّف فيها إلّا بإذنهم. و إنّما يعلم الإذن باللفظ الدالّ عليه؛ لأنّ الأفعال لا دلالة لها، فإن أذن كلّ منهما لصاحبه صريحاً فلا بحث في الصحّة.

و لو قال كلٌّ منهما: «اشتركنا» و اقتصر عليه مع قصدهما الشركة بذلك، ففيه وجهان:

---

(۱)- جامع المقاصد ۸: ۱۵.

(۲)- مفتاح الكرامة ۷: ۳۹۵.

(۳)- نفس المصدر.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۱۰۵

...

أحدهما: الاكتفاء به في جواز التصرّف، و اختاره المصنّف هنا، و قرّبه في التذكرة. و هو ظاهر اختياره في التحرير؛ حيث قال: و يكفي في الصيغة ما يدلّ على الرضا بالمزج؛ لفهم المقصود منه عرفاً.

و الثاني: لا؛ لقصور اللفظ عن الإذن؛ إذ لا يلزم من حصول الشركة جواز التصرّف، فإنّهما لو ورثا مالًا أو اشترياه صفقةً واحدةً، تحقّقت الشركة مع عدم جواز التصرّف.

و الأوّل أقوى؛ لأنّ المقصود الأصلي من الشركة هو الاستنماءُ و الاسترباح.

و لا يكون ذلك إلّا بالتصرّف، خصوصاً ما لا ينمو بنفسه» «۱».

تحرير كلام صاحب الجواهر في المقام

و ممّن اختار هذا القول صاحب الجواهر؛ حيث قال في ردّ القائلين بالجواز:

«إلّا أنّه لا يخفى عليك ما في ذلك؛ إذ لا دلالة في قول «اشتركنا» على الإذن بوجه من الوجوه، كما أنّه لا حاجة في حصول الإذن منهما أو من أحدهما إلى عقد.

و ليس من مقوّمات الشركة حصولها؛ إذ يمكن اشتراكهما في المال مع الإذن في العمل لثالث، بل يمكن إرادة الشركة من دون عمل أصلًا، لغرض من الأغراض.

فالتحقيق أن يقال حينئذٍ- بعد الإجماع على كونها عقداً-: إنّ قول «اشتركنا» لإنشاء تحقيقها و صيرورة كلٍّ من المالين بينهما على الإشاعة، إلّا أنّه يشترط في صحّة ذلك تحقّق المزج بعده، إن لم يكن. فهو حينئذٍ شرط كاشف أو ناقل، نحو القبض في الوقف، أو

أنّه جزءُ السبب» «۲».

---

(۱)- جامع المقاصد ۸: ۱۵- ۱۶.

(۲)- جواهر الكلام ۲۶: ۲۸۸.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۱۰۶

...

قوله: «حصولها»، كان الأنسب «حصوله» لرجوع الضمير إلى الإذن.

و قوله: «لغرض من الأغراض»، كأن يعقد أحدٌ الشركة مع شخص وجيه ذى نفوذ سياسى أو عسكرى لمجرّد اكتساب الوجهة و النفوذ بين الناس، لا للاسترباح. قوله: «تحقيقها» ينبغى أن يكون مقصوده تأكيدها؛ حيث لا معنى للتتميم و التنجيز بعد كون المزج سبباً تامّاً للشركة؛ إذ ليس سبباً ناقصاً متزلزلًا؛ لكى تتمّ و تستقرّ سببيته بالعقد. كاستقرار سببية إنشاء عقد البيع أو الوقف بالقبض على رأى.

ثمّ قال قدس سره فى بيان منشأ التزام الأصحاب بعدم الحاجة إلى الإذن: «فكان السبب الذى أوقعهم فى الوهم، هو دعوى حصول الشركة بالمزج القهرى. فمع فرض اعتبار الامتزاج فى شركة العنان لم يكن معنى لعقدها حينئذٍ؛ ضرورة حصولها بالمزج المزبور المفيد لذلك مع القهر، و عدم القصد به إليها، فضلًا عما لو قُصدت به اختياراً. فلم يكن حينئذٍ معنى لعقدها إلّا جواز التصرّف، خصوصاً مع ملاحظة الشركة الاكتسابية التى هى من أقسام التجارة المبتيّة على العمل، من الشريكين، أو من أحدهما التى قد وردت النصوص بها ... و لعلّه لذا اكتفوا فى صيغتها بقول «اشتركنا»، باعتبار امتناع أن يراد بإنشائه حصولها بدون مزج، و لا المزج الذى لا يحصل باللفظ. فتعيّن أن يكون معناه جواز التصرّف، و إلّا لم يكن له معنى أصلًا كما صرّح بذلك فى جامع المقاصد» «۱». انتهى موضع الحاجة من كلام صاحب الجواهر.

قوله: «باعتبار امتناع أن يراد » ... مقصوده أنّه لمّا كانت إرادة حصول الشركة

---

(۱)- نفس المصدر.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۱۰۷

...

بمجرّد إنشاء عقدها من دون مزج ممتنعةً، و كذا إرادة حصولها بالمزج القهرى الذى لا دخل للتلفّظ بالصيغة فى سببيته للشركة، فمن هنا لا يبقى معنى للتلفّظ بالصيغة، إلّا الإذن بالتصرّف.

و قد عرفت من السيد الماتن موافقة صاحب الجواهر فى الاحتياج إلى الإذن.

نقد كلام صاحب الجواهر

و لكن يرد على صاحب الجواهر أوّلًا: أنّ التحقيق و تأكيد الشركة بعد تحقّقها بالمزج ليس غرضاً مهمّاً تجارياً عند العقلاء. و من هنا لا اعتناء لهم بذلك فى إيجاد عقد الشركة. فليس عقد الشركة مبتياً عندهم على مثل هذا الغرض، فضلًا عما لا غرض تجارية فيه. و لو اتّفق فى مورد فهو أمرٌ نادر شاذّ خلاف المتعارف. و ما لا تعارف عليه خارجٌ عن نطاق الخطابات العرفية و الشرعية و لا سيّما فى باب المعاملات. و من هنا يعطى جريان التعارف لمثل قول: «اشتركنا أو شاركنا» عند الإطلاق ظهوراً فى إفادة الإذن به و عدم الحاجة إلى

التصریح بالإذن. و هذا الظهور هو المتّبع ما دام لم تکن هناک قرینة علی خلافه.

و لیس منشأ هذا الظهور مجرّد الغلبة فی الوجود، بل منشؤه جریان التعارف علیه، بحیث صار إیجاد عقد الشرکة مبتیّاً علی غرض الاسترباح، متفاهماً عرفیاً من التلفّظ بعقدها.

و أمّا حدیث جزء السبب، لا معنی له بعد کون المزج سبباً مستقلّاً تامّاً لتحقُّق الشرکة. و کذا الکلام فی کونه أو کون المزج بمنزلة الشرط. فإنّ ذلک کلّه غیر قابل للالتزام فیما إذا تحقّق المزج قبل العقد أو بعده، مع عدم التفرقة بینهما فی کلام الأصحاب.

و ثانیاً: أنّه توجد القرینة العامّة علی إفادة العقد الإذن فی موارد تحقّق أصل الشرکة بأحد أسبابها- غیر عقدها- من مزج أو إرث أو شراءٍ، و نحو ذلک. کما جعل

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۱۰۸

...

السید الماتن قدس سره تحقّق أحد أسباب الشرکة کالإرث و نحوه قرینة علی ذلک. و الوجه فی القرینیة أنّه لو لا إفادة العقد الإذن فی مثل هذه الموارد، یصبح إنشاءُ عقد الشرکة لغواً؛ کما أشار إلیه بعض الأعلام. اللّهم إلّا أن یقال بعدم اعتبار المزج أو سائر أسباب الشرکة فی صحّة عقدها، و لکنّه خلاف اتّفاق الأصحاب.

و الوجه فی ذلک ما بیّنّاه آنفاً، من کون عقد الشرکة مبتیّاً فی ارتکاز العقلاء علی غرض تجاری و هو التکسّب و التجارة بالمال المشترک لغرض الاسترباح و الاستنماء بتدبیر کلّ واحد من الشریکین؛ رجاءً لحصول النفع الأکثر ببرکة فکرته الاقتصادیة و تجربته التجاریة. و هذا الغرض الاقتصادی أمر مرتکز فی أذهان العقلاء. و جرت علیه سیرتهم فی الشرکات العقدیة.

و السرّ فی ذلک أنّ الاسترباح- الذی هو غرض العقلاء فی إیجاد عقد الشرکة- لا یتحقّق، إلّا بازدیاد رأس المال کمّاً و بحسب المقدار؛ لأنّ المال الأکثر له ربح أوفر و أکثر طبعاً و هذا حاصل بنفس المزج و اختلاط الأموال أو بحُسن کیفیة الاتّجار و التکسّب بالمال المشترک. و ذلک منوط بازدیاد التدبیر التجاری و التجربة الاقتصادیة. و الملاک الثانی إمّا حاصل بمشاورة الشرکاء و تبادل آرائهم و سلائقهم و تضارب تجاربهم التجاریة أو بإعمال کلّ واحد منهم تدبیره و تجربته التجاریة مستقلّاً.

و الملاک الأوّل یتوقّف حصوله علی اعتبار الإذن فی کلّ معاملة و تجارة بخلاف الثانی لتوقّف حصوله علی جواز تصرّف کلّ واحد منهما مستقلّاً.

و لکن الأوّل حاصل قبل العقد بمجرّد إیجاد الشرکة بأحد أسبابها من مزج أو غیره. و لا تأثیر للعقد فی تحقّقه. فیبقی الثانی مستفاداً من العقد منحصراً. و لو لاه لأصبح العقد لغواً. هذا، و لا سیّما بناءً علی اعتبار الامتزاج أو أحد أسباب الشرکة فی صحّة الشرکة العقدیة، کما علیه السید الماتن قدس سره؛ حیث إنّ الشرکة حاصلة بنفس

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۱۰۹

...

المزج أو بأحد أسباب الشرکة، فإذاً لا تبقی لعقد الشرکة فائدة غیر إذن کلّ من الشریکین لصاحبه بالتکسّب و التجارة بالمال المشترک بتدبیره التجاری و فکرته الاقتصادیة مستقلّاً.

و أمّا جواز التجارة بإذن کلٍّ منهما لصاحبه، فهو و إن لا ینافِ السیرة العقلائیة فی عقد الشرکة، بل یلائمها کمال الملائمة، إلّا أنّه حاصل بنفس الإذن من غیر دخلٍ لعقد الشرکة فیه. فیعود حینئذٍ محذور لغویة العقد.

تفصیل شیخ الطائفة

نعم، یظهر من عبارة المبسوط جواز تصرّف کلّ من الشریکین بعد عقد الشرکة و تحقّق المزج، لکن لا فی الجمیع، بل فی خصوص نصیبه.

قال: «إذا عقدا الشرکة علی المالین و خلطاهما، کان لکلّ واحد منهما أن یتصرّف فی نصیبه و لا یجوز أن یتصرّف فی نصیب شریکه حتّی یأذن له فیه» «۱».

و قال فی المفتاح بعد نقل عبارة المبسوط: «و التأویل ممکن» «۲». و وجه التأویل لعلّه إرادة بیع سهمه المشاع علی الوجه الکلّی و نقله إلی الغیر، من دون تصرّف فی عین المال المشترک، و إلّا فهو موقوف علی الإذن فی تصرّف کلّ جزءٍ من أجزاء المشترک.

و علّل فی المبسوط اعتبار إذن کلٍّ من الشریکین لصاحبه بالتصرّف فی سهمه فی عقد الشرکة فی العروض- بعد حصول الشرکة بتملیک کلّ منهما نصف ماله لصاحبه- بقوله: «لأنّ عقد البیع و عقد الشرکة لا یتضمّن الإذن فی التصرّف» «۳».

---

(۱)- المبسوط ۲: ۳۴۸.

(۲)- مفتاح الکرامة ۷: ۳۹۹.

(۳)- المبسوط ۲: ۳۴۵.

و یتّبع فی الإطلاق و التقیید، و إذا اشترطا کون العمل من أحدهما أو من کلیهما معاً فهو المتّبع (۱). هذا من حیث العامل. و أمّا من حیث العمل و التکسّب، فمع إطلاق الإذن یجوز مطلقه (۲) ممّا یریان فیه المصلحة کالعامل فی المضاربة، و لو عیّنا جهة خاصّة- کبیع الأغنام أو الطعام و شرائهما أو البزازة أو غیر ذلک- اقتصر علیه، و لا یتعدّی إلی غیره.

و قد عرفت ما فی هذا الاستدلال بما ناقشنا به فی الجواب عن کلام صاحب الجواهر.

و حاصل الکلام: أنّ مقتضی القاعدة حسب ما یساعده الاعتبار و الارتکاز فی عقد الشرکة، کفایة مجرّد عقدها لإثبات إذن کلّ واحد من الشریکین لصاحبه فی التجارة بالمال المشترک. و إنّما یستفاد الإذن من مقتضی إطلاق عقد الشرکة و تجرُّد الصیغة عن القرینة الصارفة.

و هو الأقوی فی المقام، إلّا أن تکون هناک قرینة صارفة عن ظهور إنشاء العقد بالصیغة فی ذلک إلی خلافه.

(۱) ۱- و ذلک لدوران الإذن مدار الشرط. فکلّما تحقّق فیه الشرط یتعلّق به الإذن.

(۲) ۲- و الوجه فی جواز مطلق التکسّب و التجارة بالمال عند إطلاق الإذن واضح؛ لشمول إطلاق الإذن فی العمل مطلق التکسّب و التجارة.

لکنّه لا- بدّ أن یکون بمصلحة المال لخروج موارد ضرر المال و ضیاعه عن إذن المالک بلا إشکال؛ حیث لا غرض له من الإذن بالتکسب و التجارة بالمال، إلّا الاسترباح و تحصیل المنفعة بذلک.

نعم، لو اتّفق الخسران و الوضیعة، لا ضمان علی العامل خاصّة، بل علیهما معاً؛ لأنّ من له الغنم فعلیه الغرم. و قد دلّت علی ذلک عدّة نصوص معتبرة

(مسألة ۹): حیث إنّ کلّ واحد من الشریکین کالوکیل و العامل عن الآخر، فإذا عقدا علی الشرکة فی مطلق التکسّب أو تکسّب خاصّ، یقتصر

علی المتعارف

(۱)، فلا- یجوز البیع بالنسیئة و لا- السفر بالمال إلّا مع التعارف، و الموارد فیهما مختلفة، و إلّا مع الإذن الخاصّ، و جاز لهما کلّ ما تعارف؛ من حیث الجنس المشتری و البائع و المشتری و أمثال ذلک. نعم لو عیّنا شیئاً لم یجز لهما المخالفة عنه إلّا بإذن الشریک، و إن تعدّی عمّا عیّنا أو عن المتعارف ضمن الخسارة و التلف.

بالخصوص «۱»، و إن وردت هذه النصوص فی الشرکة الحاصلة بالشراء- لا بعقد الشرکة- إلّا أنّها تشمل المقام؛ لأنّ ملاک الشمول أصل الشرکة، بأیّ عقد حصلت.

و المقصود من خروج الإضرار بالمال و ضیاعه عن إذن المالک، خروج کلّ عمل و تکسّب یقتضی بطبعه ضیاع المال، بحیث لا یخفی ذلک علی أهل العرف. و ذلک لأنّ الإذن للغیر بالتصرّف فی المال فی جهة التکسب إنّما هو لمصلحة المال بالاستنماء و الاسترباح، فما لیس بمصلحته خارج عن نطاق إذنه، فضلًا عمّا کان بضرره.

و لو عیّن نوعاً معیّناً أو جهة خاصّة من التکسّب و التجارة کالموارد المذکورة فی المتن، لا یجوز التعدی إلی غیره؛ ضرورة وجوب الاقتصار علی مورد الإذن.

وجوب التکسّب بالمتعارف فی عقد الشرکة

(۱) ۱- لا- خصوصیة للوکالة و التوکیل و التوکّل فی ذلک، بل إنّ وجوب الاقتصار علی المتعارف من التکسّبات، إنّما هو لأجل انصراف الإذن المطلق إلی ذلک بقرینة

---

(۱)- وسائل الشیعة ۱۹: ۵، کتاب الشرکة، الباب ۱.

...

جریان عادة أهل العرف، فیکون التعارف قرینة صارفة لإطلاق الإذن إلی ما جرت علیه سیرة العرف، بلا فرق بین کون الإذن بعنوان التوکیل أو بعنوان غیره من وجوه الإذن.

و من هنا قال فی جامع المقاصد: «و إنّما ینزّل الإطلاق علی الامور الغالبة فی التجارة، کالبیع و الشراء مرابحةً و مساومةً و مواضعةً و تولیةً و قبض الثمن، و إقباض المبیع، و المطالبة بالدین و الحوالة و الاحتیال، و الردّ بالعیب، و الاستئجار علی مال الشرکة، و المؤاجرة لأموالها، و نحو ذلک، بشرط مراعاة المصلحة کما فی الوکیل» «۱».

و قد لاحظت فی کلامه أنّ وجوب الاقتصار علی المتعارف الغالب من التکسّبات إنّما هو لانصراف إطلاق الإذن و تنزیله علی الامور الغالبة فی التجارة، کما قلنا.

نعم، رعایة مصلحة الشریک فی تصرّف المال المشترک إنّما هی بمقتضی الوکالة، کما یفهم من ذیل کلام المحقّق الکرکی؛ حیث قال: «بشرط مراعاة المصلحة کما فی الوکیل» «۲». و ذلک لأنّ الموکّل لا- یوکّل الوکیل، إلّا لغرض تحصیل مصلحة ماله بفعل الوکیل، و من هنا یجب علی الوکیل مراعاة مصلحة موکّله بمقتضی الغرض المبنی علیه التوکیل. و لمّا کانت الشرکة فی الحقیقة من قبیل التوکیل و التوکّل فیجب علی کلّ شریک مراعاة مصلحة شریکه فی تکسّباته و معاملاته بالمال المشترک.

و ممّا یشهد لما قلناه ما قال فی الحدائق، فإنّه بعد ما حکم برعایة المصلحة فی التصرّف بقوله: «فإن أطلق فی التصرّف تصرّف کذلک. و إن خصّص اختص بما

(۱)- جامع المقاصد ۸: ۲۲.

(۲)- نفس المصدر.

دلیل تحریر الوسیلة - الشركة و القسمة، ص: ۱۱۳

...

خصّصه، و یراعی فیه المصلحة»، استشهد لذلک بقول العلّامة فی التذکرة: «و قد صرّح فی التذکرة فی غیر موضع بأنّ إذن الشریک توکیلٌ فیجب حینئذٍ أن یُراعی فیه ما یجب مراعاته فی الوکالة» «۱».

و من هنا یجوز للشریک بیع النسیئة لو کان فیه مصلحة شریکه. و کذلک السفر بالمال المشترک للتجارة، و إن لم تکن النسیئة و لا السفر متعارفاً غالباً. و الوجه فیه أنّ التوکیل و التوکّل- الذی هو حقیقة عقد الشرکة و روحها- قرینة صارفة لإطلاق الإذن فی عقد الشرکة إلی ما فیه المصلحة من وجوه التکسّبات بالمال المشترک، فیجوز ذلک لکلّ واحد من الشریکین سواءٌ کان متعارفاً أو لم یکن. نعم ما لم تُحرز فیه المصلحة یجب الاقتصار علی ما هو الغالب المتعارف من التکسّبات.

و حاصل الکلام فی المقام: أنّ لعقد الشرکة حیثیتین:

إحداهما: کونها من العقود الإذنیة و إطلاق الإذن محمول علی المتعارف الذی جرت علیه عادة أهل العرف؛ لأنّه یعطی للإذن ظهوراً فی المتعارف من التصرّفات، کظهور إذن المضیف للضیف فی التصرّف المتعارف مع عدم وکالة فی البین.

ثانیتهما: حیثیة کونها من قبیل الوکالة و الولایة علی مال الغیر. و هی تبتنی علی رعایة مصلحة المال المولّی علیه. فیجب علی الشریک رعایة مصلحة مال شریکه بمقتضی الوکالة.

و بعبارة اخری لمّا کان الإذن فی التجارة بالمال من قبیل التوکیل یجب علی المأذون- مضافاً إلی رعایة التعارف بمقتضی ظاهر الإذن- رعایة مصلحة المال بمقتضی الوکالة، و إن کانت الحیثیتان متلازمتین فی الشرکة، بل فی مطلق الإذن فی

(۱)- الحدائق الناضرة ۲۱: ۱۶۶.

دلیل تحریر الوسیلة - الشركة و القسمة، ص: ۱۱۴

...

التجارة و لکن لا ینافی ذلک تفکیک الجهتین بالتحلیل بلحاظ الحیثیة التعلیلیة. بل حیثیة الوکالة تقییدیة؛ نظراً إلی تقیُّد إذنه بمقتضی الوکالة؛ بمعنی الإذن لو خُلّی و طبعه و إن کان ظاهراً فی مطلق التصرّفات المتعارفة، إلّا أنّه لمّا کان الإذن بالتجارة من قبیل التوکیل یتقیّد بما تقتضیه الوکالة و ینصرف إلی ما کان من التجارات المتعارفة بمصلحة المال.

و علیه فما یظهر من السید الماتن من ابتناء لزوم رعایة مصلحة المال علی حیثیة الوکالة، ففی غیر محلّه.

دلیل تحریر الوسیلة - الشركة و القسمة، ص: ۱۱۵

(مسألة ۱۰): إطلاق الشرکة یقتضی بسط الربح و الخسران علی الشریکین علی نسبة مالهما

اشارة

(۱)، فإن تساوی تساویا فیهما، و إلّا یتفاضـلان حسب تفاوته؛ من غیر فرق بین ما کان العمل من أحـدهما أو منهما، مع التساوی فیه أو الاختلاف.

تقسیم الربح و الخسارة بین الشریکین

(۱) ۱- و ذلـک لقاعـدة تبعیـة النماء و الربـح لأصل المال. کما علّل بـذلک الشـهید فی المسالک؛ حیث قال: «لا ریب أنَّ الربـح تابعٌ لرأس المال؛ لأنّه نماؤه، فإذا کان مال أحـدهما أزیـد من مال الآخر، فله من الربـح بنسبهٔ ماله و إن عملا معاً؛ لتراضـیهما بـذلک علی وجهٍ لا یخالف المشروع؛ حیث جعلا الربح تابعاً للأصل» «۱».

و لاـ خلاف فی ذلک بین فقهائنا، بل ادّعی علیه فی الجواهر «۲» الإجماع بقسمیه. نعم، نسب الشهید؛ الخلاف إلی بعض العامّهٔ؛ حیث قال: «و خالف فی ذلک بعض العامّهٔ» «۳».

---

(۱)- مسالک الأفهام ۴: ۳۱۱.

(۲)- جواهر الکلام ۲۶: ۳۰۰.

(۳)- نفس المصدر.

...

هذا إذا عملا معاً. و أمّا إذا عمل أحدهما مع تساوی المالین، فمقتضی السیرهٔ العقلائیهٔ و ارتکازهم کون سهم العامل أکثر؛ لأنّهم یرون للعمـل أیضـاً حظّاً من الربـح، کمـا قلنا فی باب المضاربـهٔ. و أمّا قاعـدهٔ تبعیـهٔ الربـح للمال، فلم ترد فی آیـهٔ أو روایـهٍ، حتّی نتمسّـک بإطلاقها، کما أشـرنا هناک، بل إطلاق هذه القاعدهٔ مخالف للسیرهٔ العقلائیهٔ فی مثل المضاربهٔ و الشرکهٔ و المزارعهٔ و المساقاهٔ ممّا فیه مالـک و عامـل. و أمّـا النمـاء فقیـاسه بالربـح مع الفـارق و ذلـک لأنّ النماء جزءُ المال، و لا منشأ لتولیـده إلّا أصل المال، بلا فرق بین المتّصل و المنفصل. و هـذا بخلاف الربح، فإنّه مال آخر یحصل بالتجارهٔ و البیع و الشـراء و الإجارهٔ و نحوها، و لکلّ من رأس المال و العمل فی تولیده دخلٌ، بل ربما یکون للعمل حظٌّ أکثر فی حصوله. و قد جرت سیرهٔ العقلاء علی استحقاق العامل حظّاً من الربح بإزاء عمله، کما أنّ للمالک حظّاً منه بإزاء ماله.

و من هنـا قلنـا فی کتـاب المضاربـهٔ أنّهـا لیست خلاـف مقتضـی القاعـدهٔ؛ نظراً إلی جریـان السـیرهٔ العقلائیـهٔ علیهـا. و قلنـا إنّ نصوص المضاربهٔ إمضاءٌ لما جرت علیه سیرتهم.

هذا مقتضـی القاعدهٔ. و لکن المسـتفاد من نصوص المقام خلافها؛ حیث دلّت نصوص عقد التشریک «۱» علی کون الربح و الخسران بین الشـریکین، مع فرض کون العمل لأحدهما و إنّ الفقهاء تسالموا علی ظهور تعبیر «الربح بینهما» فی التنصـیف و علیه فیُعلم من هذه النصوص نفی اسـتحقاق حظٍّ من الربـح بالعمل فی باب الشـرکهٔ عند الشارع. و هی و إن وردت فی عقد التشـریک، و لکن المقام من قبیله من جههٔ أصل حقیقهٔ الشرکهٔ و ملاک استحقاق الربح. مع أنّه لا خلاف بین الفقهاء فی بسط

---

(۱)- وسائل الشیعهٔ ۱۹: ۵، کتاب الشرکهٔ، الباب ۱.

...

الربح و الخسران عند الإطلاق بنسبة المالين.

و لو شرط التفاوت فى الربح مع التساوى فى المال، أو تساويهما فيه مع التفاوت فيه، فإن جعل الزيادة للعامل منهما أو لمن كان عمله أزيد صحّ بلا إشكال (۱)،

لو شرط تفاوت الربح مع تساوى المالين أو بالعكس

(۱) ۱- و الوجه فى نفى الإشكال فى ذلك أوّلًا: أنّه مقتضى العدل بعد تساوى المالين. و ثانياً: حصول الاتّفاق و عدم الخلاف فى ذلک، كما قال فى الجواهر: «بل لا خلاف فيه بينهم على ما اعترف به جماعة» «۱».

و لكن قال فى الشرائع- بعد الحكم بصحّته-: «إنّه بالقراض أشبه». و أشكل عليه فى الجواهر «۲». أوّلًا: بعدم قصد القراض، و ثانياً: بعدم تماميته فيما إذا عملا معاً و كان عمل أحدهما أكثر، و ثالثاً: بعدم كون رأس المال من النقود. و كلامه متين و إشكاله وارد.

و على أىّ حال لا إشكال فى صحّة اشتراط الزيادة للعامل من الشريكين أو لمن كان له عمل أكثر.

و قد وجّه السيد الخوئى الصحّة فى المقام برجوع الشرط المزبور فى المقام إلى اشتراط عقد المضاربة فى ضمن عقد الشركة، و هذا يخالف ما يظهر من صاحب الشرائع؛ حيث إنّ ظاهر قوله: «إنّه بالقراض أشبه» أنّ نفس عقد الشركة المشروط بذلك من قبيل المضاربة، و لكن ظاهر كلام هذا العَلَم أنّ عقد الشركة على ما هو

---

(۱)- جواهر الكلام ۲۶: ۳۰۱.

(۲)- نفس المصدر: ۳۰۲.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۱۱۸

...

عليه، إلّا أنّ مرجع الاشتراط فيه إلى اشتراط عقد المضاربة.

ثمّ إنّ هذا العَلَم أجاب عن إشكال صاحب الجواهر بنفى محذور عدم كون رأس المال من النقود. و علّل ذلک بأنّ اعتبار كون رأس المال من النقدين- لو تمّ فى المضاربة- فهو إنّما فى المضاربة المستقلّة، دون ما إذا كان فى ضمن عقد الشركة مثل المقام. و بيّن السرّ فيه أنّه لا- دليل على اعتبار ذلک هناک إلّا الإجماع. و هو دليل لبّى و حجّية فى القدر المتيقّن منه، و القدر المتيقّن منه ما إذا كانت المضاربة مستقلّة، فهو قاصر عن إثبات اعتباره فيما إذا كانت المضاربة فى ضمن عقد الشركة. هذا مضافاً إلى تحقّق الإجماع على جواز اشتراط ذلک فى المقام.

و فيه: أنّه لو ثبت اعتبار قيد أو شرط فى صحّة معاملة بأىّ دليل فإنّما هو ثابت لطبيعى تلک المعاملة و ماهيته. و ما اعتبر فى ماهية معاملةٍ، لا يسقط اعتباره فيها باشتراطها فى ضمن عقد آخر. فهل ترى لو اشترط بيع شىءٍ فى عقد إجارة أو عكسه أن يسقط لذلک بعض شرائط الإجارة أو البيع؟! فكذلک الكلام فى المقام.

هذا، مع أنّ من أهمّ أركان المضاربة كون المال من أحدهما و العمل من الآخر. و المال فى الشركة لهما معاً، كما أنّ العمل ربما يكون منهما معاً. فهى خارجة عن حقيقة المضاربة.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۱۱۹

و إن جعلت لغير العامل أو لمن لم يكن عمله أزيد، ففى صحّة العقد و الشرط معاً، أو بطلانهما، أو صحّة العقد دون الشرط، أقوال

أقواها أوّلها (۱).

لو جعلت الزيادة لغير العامل أو ذی العمل الأکثر

(۱) ۱- مقصوده تقویة القول بصحّة الشرط و العقد معاً، کما اختاره صاحب العروة «۱». و هذا أحد الأقوال الثلاثة فی المسألة. و قد اختار هذا القول السید المرتضی فی الانتصار «۲»، و العلّامة فی التذکرة و التحریر و التبصرة و المختلف. و نقله أیضاً فی المختلف «۳» عن والده و عن ظاهر ابن الجنید. و وافقه ولده فخر المحقّقین «۴». کلُّ ذلک نقله الشهید فی المسالک «۵» و المحقّق الکرکی فی جامع المقاصد «۶» و المحدّث البحرانی «۷» و غیره «۸».

و قد اختار فی الجواهر الصحّة حینئذٍ مطلقاً، حتّی إذا لم یعمل الشریکان، بل نمی المال فی نفسه، فشرط لأحدهما زیادة فی الربح مع تساوی المالین أو شرط تساویه مع اختلافهما. و بذلک أشکل علی العلّامة و غیره من اشتراط الصحّة بعملهما

---

(۱)- العروة الوثقی ۵: ۲۸۰.

(۲)- الانتصار: ۲۲۷.

(۳)- مختلف الشیعة: ۴۷۹.

(۴)- إیضاح الفوائد ۲: ۳۰۱.

(۵)- مسالک الأفهام ۴: ۳۱۱.

(۶)- جامع المقاصد ۸: ۲۴.

(۷)- الحدائق الناضرة ۲۱: ۱۶۳.

(۸)- ریاض المسائل ۹: ۶۰؛ مفتاح الکرامة ۷: ۴۰۱؛ جواهر الکلام ۲۶: ۳۰۰.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۱۲۰

...

أو عمل أحدهما. قال فی الجواهر- بعد بحث طویل فی ذلک و توجیه القولین الآخرین-: «هذا کلّه مماشاة مع الخصم، و إلّا فالمتّجه الصحّة مطلقاً، حتّی إذا لم یعملا- بل نمی المال فی نفسه، فما فی القواعد من اشتراط الصحّة بذلک- قال: و لو شرط التفاوت مع تساوی المالین أو التساوی مع تفاوته فالأقرب جوازه إن عملا أو أحدهما؛ سواء شرطت الزیادة له أو للآخر- فی غیر محلّه؛ ضرورة انحصار السبب فی استحقاق الزیادة فیما فرضه بالشرط المتحقّق فی الصورتین کما هو واضح، و بذلک کلّه ظهر لک ما فی کلام جملة من الأصحاب کالکرکی و ثانی الشهیدین و أتباعهما» «۱».

القول الثانی: بطلان الشرط و عقد الشرکة معاً. و قد ذهب إلیه الشیخ الطوسی «۲» و صاحب الشرائع و ابن إدریس فی السرائر و جماعة آخرون منهم ابن البرّاج فی جواهر الفقه «۳» و المحقّق الکرکی فی جامع المقاصد «۴» و شرح الإرشاد و اللمعة و المفاتیح.

القول الثالث: ما حکی عن الغنیة و النافع و جامع الشرائع. و فی المسالک: قال به أبو الصلاح الحلبی. و هو صحّة الشرکة دون الشرط، و کون شرط الزیادة إباحة لها و جواز الرجوع فیها ما دامت عینها باقیة. فإنّه- بعد ذکر شروط صحّة عقد الشرکة- قال: «فإذا تکاملتْ هذه الشروط، انعقدت الشرکة و أوجبت لکلّ واحدٍ من الشریکین من الربح بمقدار ماله و من الوضیعة بحسبه. فإن اصطلحوا فی الربح علی

(۱)- جواهر الکلام ۲۶: ۳۰۲.

(۲)- المبسوط ۲: ۳۴۹؛ الخلاف ۳: ۳۳۲، المسألة ۹.

(۳)- جواهر الفقه: ۷۳، المسألة ۲۴۷.

(۴)- جامع المقاصد ۸: ۲۵.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۱۲۱

...

أکثر من ذلک، حلّ تناول الزیادة بالإباحة، دون عقد الشرکة. و یجوز لمبیحها الرجوع بها ما دامت عینها قائمة. و إن اشتُرط فی عقد الشرکة تفاضلٌ فی الوضیعة، صحّت الشرکة و بطل الشرط و کان الوضیعة بحسب الأموال، إلّا أن یتبرّع أحد الشریکین علی الآخر. فإن کان أحد الشریکین عاملًا فی البضاعة فجعل له الآخر فضل الربح بإزاء عمله، لم یمض الشرط و کان للعامل أجر عمله و من الربح بحسب ماله. و إن کانا متساویین فی العمل لم یکن لأحدهما أجرٌ» «۱».

و قد اختار هذا القول السید الخوئی «۲».

و قد استدل السید الخوئی «۳» للقول الثالث- و هو صحّة عقد الشرکة و فساد الشرط بما حاصله: أنّ اشتراط الزیادة لغیر العامل أو لغیر ذی العمل الأکثر، و إن لا ینافی مقتضی عقد الشرکة، إلّا أنّه مخالف للسنّة الدالّة علی تبعیة النماء و الربح للمال، فهو شرط مخالف للسنّة فیصیر فاسداً، دون عقد الشرکة.

و قال فی بیان ذلک ما لبُّه: إنّ مقتضی السنّة کون الربح لصاحب المال؛ لما دلّت علیه من تبعیة الربح للمال فی الملکیة.

فإذا کان الربح المشترط کونه لغیر صاحب المال، موجوداً بالفعل و داخلًا فی ملک الشارط- کما لو کان ربحاً لتجارة سابقة- فلا مانع من اشتراط کونه للغیر؛ لأنّ المالک مسلّط علی ماله یتصرّف فیه کیف شاء.

و أمّا إذا لم یکن موجوداً بالفعل- کما هو مفروض المسألة- یکون اشتراط ملکیته للغیر من قبیل تملیک المعدوم. و من المسلّم اعتبار کون ما یراد تملیکه

(۱)- الکافی فی الفقه: ۳۴۳.

(۲)- المبانی فی شرح العروة الوثقی ۳۱: ۲۰۱- ۲۰۲.

(۳)- نفس المصدر: ۲۵۸- ۲۵۹.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۱۲۲

...

موجوداً حال الاشتراط و داخلًا فی ملک المملِّک. و من هنا لا یصحّ تملیک المعدوم.

و لأجل ذلک لم یتوقّف أحدٌ فی بطلان هذا الشرط فی ضمن عقد البیع؛ کأن یشترط البائع علی المشتری فی بیع عقد الدار أن یکون أرباح بستانه له. و من الواضح عدم کون الشرط مشرّعاً، بل إنّما تدلّ أدلّة الشرط علی لزوم الوفاء به إذا کان فی نفسه مشروعاً سائغاً غیر مخالف للکتاب و السنّة. فلا مناص إذاً من تحکیم قاعدة تبعیة الربح للمال.

و لا یخفی أنّ ظاهر کلام هذا العَلَم و إن یرجع إلی الاستدلال فی المقام بوجهین مستقلّین. أحدهما: قاعدة التبعیة. و الآخر: قاعدة

تمليك المعدوم.

و لكن التأمّل يقضى برجوع الوجه الأوّل إلى الثانى، بل الاستدلال يتوقف على الوجه الثانى، و إلّا فقاعدة التبعية تقتضى خلاف مطلوب هذا العَلَم.

بيان ذلك: أنّ قاعدة «الناس مسلّطون على أموالهم» تقتضى جواز جميع تصرّفات المالك على ماله و ما يتّبعه من النماءات و الأرباح؛ لأنّ الفرع تابعٌ للأصل و الربح تابعٌ للمال. فإذا كان مسلّطاً على ماله فكذلك على ما هو تابعٌ له. فكما يجوز تصرُّفه فى عين ماله، فكذلك يجوز تصرّفه فى ما يتّبعه من النماءات و الأرباح بمقتضى قاعدة السلطنة.

و لكن لمّا كان الربح الحاصل بتجارة المال معدوماً حين إنشاء عقد الشركة، و ليس من قبيل ما كان منشؤه بيد الإنسان فى كلّ آنٍ، كما فى منفعة العمل الذاتية فى إجارة الأشخاص- لما بيّناه سابقاً أنّها فى حكم المال- و لمّا كان من شرط صحّة تمليك الشيء كونه مملوكاً للمملِّك، و المعدوم لا وجود له حتّى يكون مملوكاً، فلا يصحّ تمليك حصّة من الربح- الحاصل بالتجارة بالمال المشترك فى المستقبل- لأنّها معدومة غير قابلة للتمليك و التملُّك.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۱۲۳

...

و على أىّ حال فساد هذا الشرط لا يوجب فساد عقد الشركة؛ نظراً إلى ما حقّق و ثبت فى محلّه من عدم فساد العقد بفساد الشرط.

ثمّ إنّ هذا العَلَم ردّ التفصيل بين شرط ملكية أحدهما الزيادة ابتداءً و بنفس العقد؛ بأن ينتقل المقدار الزائد إليه قبل أن يدخل شيءٌ منه فى ملك الشريك الشارط، فيحكم ببطلانه لمخالفته للسنّة، و بين شرط تملّكه لها بعد دخوله فى ملك الشريك و لو آناً ما فيصحّ؛ نظراً إلى عدم منافاة الثانى لقاعدة التبعية.

و علّل ردّ ذلك بأنّ شرط الفعل أيضاً يتضمّن تمليك المعدوم حال الاشتراط، و إن لا ينافِ قاعدة تبعية الربح لأصل المال.

ثمّ استدلّ لإثبات مرامه، من صحّة العقد مع فساد الشرط- مضافاً إلى ما بنى عليه من مقتضى القاعدة، من عدم بطلان العقد بفساد الشرط- بصحيحة

رفاعة، قال: سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل شارك رجلًا فى جارية له، و قال: إن ربحنا فيها فلك نصف الربح، و إن كانت وضيعة فليس عليك شىءٌ، فقال: «لا أرى بهذا بأساً إذا طابت نفس صاحب الجارية» «۱».

بتقريب أنّ المشار إليه بهذا فى قوله عليه السلام:

«لا أرى بهذا بأساً»

هو الشرط.

و ظاهره فساد الشرط؛ لدلالة ما ورد فيها من تعليق نفى البأس على طيبة نفس صاحب الجارية على ذلك؛ حيث إنّه لو كان الشرط صحيحاً لم يكن وجهاً لاعتبار طيب النفس، بل لكان الشرط نافذاً مطلقاً و كان صاحب الجارية مجبوراً عليه، سواءٌ أطابت نفسه أم لا.

و ليس المشار إليه نفس العقد. و ذلك لأنّ حصول طيب نفس صاحب الجارية أمرٌ مفروغ عنه؛ لفرض إقدامه على عقد التشريك، فلا معنى لتعليق جواز العقد

---

(۱)- وسائل الشيعة ۱۹: ۷، كتاب الشركة، الباب ۱، الحديث ۸.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۱۲۴

...

على طيب نفسه بعد فرض كونه هو الذى أقدم على العقد.

هذا، و لكن فى استشهاده بهذه الصحيحة ما لا يخفى؛ إذ الصحيحة تدلّ بوضوح على صحّة الشرط؛ نظراً إلى وضوح ظهور قوله عليه السلام:

«لا أرى بهذا بأساً»

فى صحّة الشرط- و هو شرط عدم كون شيءٍ من الوضيعة عليه- و أمّا قوله عليه السلام:

«إذا طابت »...

فهو بيان لاعتبار كون الاشتراط المزبور عن طيب نفس صاحب الجارية، و عدم كفاية مجرّد ذكر الشرط لفظاً و المقصود أنّه إذا رضى بذلك الشرط الذى بضرره فاشترطه باختياره و إرادته فلا بأس. و هذا التعبير فى الجواب عن السؤال المزبور فى مثل هذا المورد متعارفٌ. و ليس المراد به التعليق حقيقةً، فلا يضرّ بصحّة الشرط.

تصحيح الشرط بنحو شرط الفعل

و هاهنا صورة من الاشتراط لا يستلزم محذور تمليك المعدوم. و هى اشتراط هبة مقدار من الربح لأحدهما- زائداً عن استحقاقه- بنحو شرط الفعل. بأن يلتزم بهذا الاشتراط فعل تمليك ذلك المقدار عند حصول الربح. فلا يلزم حينئذٍ محذور تمليك المعدوم؛ لعدم كون التمليك فعلياً حال كون الربح معدوماً، بل إنّما هو حاصل بعد حصول الربح و تحقّقه فى الخارج، إلّا أنّ الالتزام بذلك فعليٌّ بنفس الاشتراط.

بل يمكن دعوى ظهور اشتراط زيادة الربح لغير العامل أو لمن كان عمله أقلّ فى الاشتراط بهذا المعنى؛ لأنّه المتفاهم العرفى بعد وجود القرينة الصارفة الارتكازية العقلائية- بل العقلية- على امتناع تمليك المعدوم و خروجه عن مراد طرفى الشرط. و هذه القرينة الارتكازية العرفية تعطى الظهور للاشتراط المزبور فى المعنى الأخير؛ أى شرط فعل تمليك الربح عند حصوله.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۱۲۵

...

و يمكن تصحيح هذا الشرط أيضاً بنحو آخر، و هو كون الاشتراط راجعاً إلى تعلُّق التمليك الفعلى بالربح الموجود فى ظرف تحقّقه. و هذا يرجع فى الحقيقة إلى تعليق متعلّق التمليك، لا التعليق فى نفس التمليك حتّى تأتى شبهة استحالة التعليق فى إنشاء التمليك. كما يمكن تصحيح التعليق فى العقود و دفع شبهة استحالة التعليق فى العقود بهذا النحو.

و حاصل هذا الوجه أنّ التمليك فعلى و يُنشأ بنفس الاشتراط، إلّا أنّه تعلّق بالربح الحاصل الموجود فى ظرف وجوده عند ما حصل بالاتّجار، و إن شئت فقل: إنّ متعلّق التمليك إنّما هو معلّق على تحقّقه و وجوده الخارجى، لا نفس التمليك.

و هذا التصحيح أوفق بالمتفاهم العرفى و أقرب إلى ارتكاز أهل العرف من توجيه الاشتراط المزبور بشرط الفعل.

و الشاهد على ذلك أنّه لا ينتظر الشريك المشروط له بعد حصول الربح تمليك الشارط القدر الزائد له، بل يراه داخلًا فى ملكه بمجرّد حصوله و يتملّكه من دون انتظار لتمليكه من جانب الشارط. و هذا الارتكاز يكشف عن حصول التمليك بنفس الاشتراط و أنّه كان فعلياً. و عليه فالظاهر عرفاً من الاشتراط المزبور ما قلناه.

و لا فرق فى ذلك بين اشتراطها للعامل أو لغيره، و لا بين اشتراطها لمن كان عمله أكثر أو أقلّ. فالمحذور المزبور مرتفع فى كلتا الصورتين، و لو لا حلّ هذه العويصة بالتوجيه الذى ذكرنا، فلا مناص منها فى كلتا الصورتين بلا فرق بينهما، اللّهمّ إلّا أن تخرج

الصورة الاولی- أی صورة اشتراطها للعامل أو أكثر عملًا- بالإجماع.

دلیل تحریر الوسیلة - الشركة و القسمة، ص: ۱۲۶

...

و علیه فكما یصحّ عقد الشركة، فكذلك یصحّ اشتراط تخصیص مقدار من الربح بأحد الشریكین، من دون أیّ محذور. و لا ملزم لنا حینئذٍ لتصحیح الشرط أن نلتجئ إلی التمسّك بعدم سرایة الفساد من الشرط إلی العقد، كما التجأ إلیه هذا العَلَم.

دلیل بطلان العقد و الشرط كلیهما

و قد استدلّ الشهید فی المسالك «۱» لبطلان العقد و الشرط كلیهما فی المقام.

أوّلًا: بأنّ الصحّة بحاجة فی إثباتها إلی دلیل، و هو منتفٍ فی المقام؛ لأنّ أسباب الملك معدودة و لیست عقد الشركة منها. و لم یقع اشتراطها فی عقد معاوضة حتّی تضمّ إلی أحد العوضین، و لا عقد هبة فی البین لیقتضی ملكیتها.

و علیه فیكون اشتراطها من قبیل اشتراط كون مال للغیر بغیر سبب ناقل للملك، مثل ما لو دفع إلیه دابّة للكراء مبنیّاً علی كون الاجرة الحاصلة لهما، فیبطل العقد المتضمّن لذلك؛ حیث لم یقع سهم الشخص المدفوع إلیه الدابّة فی مقابل عوض، بل یرجع إلی الجمع بین العوض و المعوّض. و ما نحن فیه من هذا القبیل فی الحقیقة. فلا یندرج فی الأمر بالإیفاء بالعقود، و لا فی عموم «المؤمنون عند شروطهم».

و لیست الشركة تجارة لكی تصحّ لأجل حصول التراضی باندراجها فی آیة التراضی، إلّا أن یكون الشرط للعامل فیكون معاوضةً و تجارة؛ نظراً إلی وقوع الزیادة بإزاء العمل حینئذٍ.

و ثانیاً: بأنّه أكل المال بالباطل؛ لأنّ الزیادة لا عوض فی مقابلها لكی تقع

(۱)- مسالك الأفهام ۴: ۳۱۲.

دلیل تحریر الوسیلة - الشركة و القسمة، ص: ۱۲۷

...

بإزائها؛ لفرض عدم كونها بإزاء عمل «۱».

إن قلت: التصرّف فی مال الغیر إنّما یكون حراماً و أكلًا بالباطل إذا لم یكن برضا المالك و طیب نفسه. و أمّا إذا كان بطیب نفسه و رضاه- كما فی المقام- فلا یكون حراماً.

قلت: لیس مقصود الشهید حرمة أصل التصرّف؛ لوضوح ارتفاعها بإذن المالك و رضاه و إباحته للتصرّف، بل مراده منع جواز التصرّف المالكی المتوقّف علی حصول التملیك، كما هو المراد من قوله تعالی: «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَیْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» «۲»؛ لأنّ من الواضح جواز التصرّف فی مال الغیر بإذنه و رضاه و إباحته كتصرّف الضیف فی مال المضیف، بل مطلق موارد التصرّف فی مال الغیر عند رضاه و طیب نفسه، مع عدم صدق عنوان التجارة و المعاوضة فی شیءٍ من هذه الموارد.

(۱)- قال قدس سره فی تعلیل فساد العقد و الشرط: لانتفاء دلیل یدلّ علی الصحّة، و لأنّه أكل مالٍ بالباطل، لأنّ الزیادة لیس فی مقابلها عوض، لأنّ الفرض أنّها لیست فی مقابله عمل، و لا وقع اشتراطها فی عقد معاوضة لتضمّ إلی أحد العوضین، و لا اقتضی

تملّكها عقد هبةٍ، و الأسباب المثمرة للملك معدودة، و ليس هذا أحدها، فيكون اشتراطها اشتراطاً لتملّك شخص مال غيره بغير سببٍ ناقلٍ للملك، كما لو دفع إليه دابّةً يحمل عليها، و الحاصل لهما، فيبطل العقد المتضمّن له؛ إذ لم يقع التراضي بالشركة و الإذن في التصرّف، إلّا على ذلك التقدير و قد تبيّن فساده، فلا يندرج في الأمر بالإيفاء بالعقود، و لا في «المؤمنون عند شروطهم». و ليست الشركة تجارةً إلّا أن يكون الشرط للعامل، و جوازه مسلّم، فلا تتناوله آية التراضي. و هذا يتمّ مع عدم زيادة عمل ممّن شرطت له الزيادة و إلّا لكان معاوضة و تجارة، و لم يرد عليه ما ذكر، فينبغي على هذا تقييد الجواز بذلك. مسالك الأفهام ۴: ۳۱۲.

(۲)- النساء (۴): ۲۹.

...

و فيه: أنّا نمنع عدم كون عقد الشركة من قبيل التمليك، و إلّا كيف يدخل نصف مال كلّ منهما في ملك الآخر و يتحقّق الإشاعة في ملكية جميع أجزاء المال لهما؟! فعقد الشركة في الحقيقة يتضمّن قصد تمليك كلٍّ منهما نصف ماله للآخر، و بذلك تحصل لهما ملكية جميع أجزاء المال المشترك على وجه الإشاعة، فما من جزءٍ منه إلّا و هو ملك لهما معاً. و هذه الملكية الإشاعية، و إن حصلت بنفس المزج و نحوه من سائر أسباب الشركة، إلّا أنّه لمّا تعلّق القصد بها بإنشاء عقد الشركة يصير بذلك تمليكاً معاوضياً.

بمعنى أنّهما يتراضيان بالملكية الإشاعية على أن يدخل نصف مال كلّ منهما في ملك صاحبه متقابلًا و على وجه المعاوضة. و إن شئت فقل: يقصد كلٌّ منهما أن يدخل نصف ماله في ملك الآخر بإزاء دخول نصف مال صاحبه في ملكه. و إنشاء عقد الشركة مبنيّ على هذا القصد بشهادة الوجدان و الارتكاز و المتفاهم العرفي من إنشاء عقدها بمثل قولهما: «اشتركنا أو شاركنا».

و عليه فعقد الشركة من قبيل المعاوضة و التجارة في الحقيقة. و ذلك لأنّ كلّ واحد من الشريكين يقصد بإنشاء عقد الشركة كون نصف ماله لشريكه بإزاء دخول نصف مال شريكه في ملكه. نعم لا يتلفّظان بهذا التمليك، إلّا أنّه مطوى و منوى في قولهما: «تشاركنا أو اشتركنا» بالارتكاز و حسب المتفاهم العرفي. و هذا من إحدى فوائد إنشاء عقد الشركة الدافعة لمحذور اللغوية. فتصير الشركة به عقداً معاوضياً.

و بعبارة اخرى: يكشف إنشاء عقد الشركة عن تعلّق رضاهما المعاملي بالشركة؛ بأن يدخل نصف ماله في ملك شريكه بالإشاعة بإزاء دخول نصف مال شريكه في ماله على الإشاعة. فإنّ بهذا الالتزام المعاملي و الرضا المعاوضي- الذي هو روح الشركة العقدية- يصير عقد الشركة معاوضياً.

...

و العجب من الشهيد أنّه ينكر كون عقد الشركة من أسباب الملك، مع أنّه يعترف قطعاً بحصول الملكية المشاعة حقيقةً للشريكين في جميع أجزاء المال المشترك بنفس عقد الشركة. فهل هي إلّا ملكية جديدة حاصلة بعقد الشركة و لم تكن من قبل، و لا سيّما بناءً على عدم اعتبار الامتزاج في عقد الشركة.

و بما بيّناه اتّضح وجه عدم كون التصرّف في الزيادة المشترطة من الربح لغير العامل أكلًا بالباطل؛ نظراً إلى صحّة الشرط، بل لزوم الوفاء به لوقوعه في ضمن عقد شرعي.

مقتضى التحقيق في المقام

فتحصّل أنّ مقتضی التحقیق صحّة عقد الشرکة فی مفروض المسألة مطلقاً، سواءٌ أقلنا بفساد الشرط المزبور أم قلنا بصحّته.

و أمّا الشرط نفسه، فإذا کان علی نحو شرط النتیجة یفسد مطلقاً، من دون فرق بین نحویه المشار إلیهما فی التفصیل الذی ردّه السید الخوئی آنفاً؛ نظراً إلی لزوم محذور تملیک المعدوم فی النحوین منه.

و أمّا إذا کان علی نحو شرط الفعل، أو کان راجعاً إلی تعلُّق التملیک الفعلی بالربح المتحقّق فی ظرفه- الذی مرجعه إلی تعلیق متعلّق التملیک- بالبیان المتقدّم منّا، فلا إشکال فی صحّته کما قلنا.

فحاصل التحقیق: صحّة العقد مطلقاً فی المقام، و صحّة الشرط المزبور إذا کان علی نحو شرط فعل تملیک الزائد عند حصول الربح.

فالحقّ مع السید الماتن قدس سره علی النحو الذی فصّلناه.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۱۳۰

[بعض خصوصیات الشرکة]

(مسألة ۱۱): العامل من الشریکین أمین

اشارة

(۱)، فلا یضمن التلف إلّا مع التعدّی أو التفریط. و إن ادّعی التلف قبل قوله (۲).

العامل من الشریکین أمین

(۱) ۱- قال العلّامة فی القواعد: «الشریک أمین لا یضمن ما تلف فی یده، إلّا بتعدٍّ أو تفریط». و علّله فی جامع المقاصد «۱» بأنّه وکیل عن جانب شریکه.

و یفهم من کلام صاحب الشرائع تعلیل عدم ضمانه بأنّه أمین؛ حیث قال:

«و لا یضمن الشریک ما تلف فی یده؛ لأنّه أمانة، إلّا مع التعدّی أو التفریط فی الاحتفاظ». و فی الجواهر «۲» نفی الخلاف و الإشکال عن ذلک و الدلیل علی ذلک- بعد التسالم- ما دلّ من النصوص علی نفی الضمان عن الأمین. و أمّا کون العامل أمیناً فهو ثابت بالوجدان العرفی مع دلالة النصوص علی ذلک أیضاً «۳».

(۲) ۲- یُحتمل فی مقصود السید الماتن من هذه الفقرة وجهان:

الأوّل: کون مراده صورة تخاصم الشریکین فی أصل تلف المال المشترک بید العامل فیدّعیه العامل و یُنکره شریکه فیُقبل حینئذٍ قول العامل؛ لأنّه أمین و لا یطالب بالبیّنة. و هو کذلک ما دام لم یکن متّهماً، لما دلّ من النصوص علی عدم قبول قوله إذا کان متّهماً و قد سبق البحث عن مفاد هذه النصوص فی کتاب المضاربة.

---

(۱)- جامع المقاصد ۸: ۲۷.

(۲)- جواهر الکلام ۲۶: ۳۰۸.

(۳)- راجع وسائل الشیعة ۱۹: ۱۵۵، کتاب الإجارة، الباب ۳۲ و ۱۹: ۷۹، کتاب الودیعة، الباب ۴ و ۱۹: ۹۶، کتاب العاریة، الباب ۳.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۱۳۱

و کذا لو ادّعی الشریک علیه التعدّی و التفریط و قد أنکر (۱).

الثانی: أن يكون مقصوده دعواه التلف بمعنى عدم إتلافه بالتعدّی و التفريط؛ لأنّه الظاهر من لفظ التلف. فحينئذٍ قول العامل و إن يكن دعوى بحسب متن كلامه و لفظه، إلّا أنّ مصبّه و مرجعه إلی إنكار التعـدّی و التفريط. فهو يدعی فی الحقيقة تلف المال بغير تعدّيه و تفريطه. و مرجع ذلك إلی إنكار التعدّی و التفريط.

و الاحتمـال الثـانی هو الأنسب إلی عنوان المسألـة بأنّ العامل لا يضـمن التلف، إلّا مع التعـدّی و التفريط. فإنّ ذيل المسألـة تفريع علی صدرها.

(۱) ۱- و قـد نفی الخلاف و الإشـكال فی الجواهر عن قبول قوله مع يمينه. و لكنّه علّله بأنّه منكرٌ، و البيّنـة علی المدّعی و اليمين علی من أنكر؛ هذا.

لما ذا يكون على العامل اليمين فی قبول إنكاره؟

و لكن يخطر بالبـال فی البدايـة أنّ قاعـدة المـدعی و المنكر لاـ تجری فی حقّ العامل، بل إنّما هی المرجع فی غيره. و ذلك لأنّ وجه تقـديم قوله إنّمـا هو كونه أمينـاً، و الأـمين مقبول قوله و مصـدَّق فی دعواه مطلقاً، سواءٌ كانت فی أصل التلف أو فی مقـداره. و ذلك بدليل النصوص المتواترة و اتّفاق الأصحاب، من دون فرق فی ذلك بين ما رجع قوله إلی الدعوی و صدق عنوان المدّعی عليه، و بين رجوعه إلی الإنكار و دخوله فی عنوان المنكر. و قد سبق ذكر هذه النصوص و تحقيق مفادها فی كتاب المضاربة.

و عليه فالأمين لا يحتاج لإثبات دعواه إلی البيّنة، بل يكتفی بيمينه؛ بخلاف غير الأمين؛ فإنّه يحتاج فی إثبات دعواه إلی البيّنة. فالاستناد إلی قاعدة المدّعی و المنكر فی مورد الأمين فی غير محلّه.

...

و كـذلك الكلاـم فی الحاجـة إلی اليمين إذا كان العامل منكراً؛ نظراً إلی عـدم جريان قاعـدة «و اليمين علی من أنكر» فی حقّ العامل المنكر؛ لأنّه أمينٌ مصدّق فی قوله مطلقاً، سواءٌ أ كان مدعياً أم منكراً.

و لكنّ الفقهاء مع ذلك قـد حكموا بلزوم اليمين علی العامل، و إن كان أميناً كما فی الجواهر «۱» و غيره، بلا فرق بين كونه مدّعياً أو منكراً. و لا يخفی عليك أنّه منافاة فی البين. و السرّ فی ذلك أنّ مقتضی كونه أميناً نفی الضمان عنه فيما إذا تلف ما بيده من غير تعدّ و تفريط، بخلاف غير الأمين، فإنّه يضمن مطلقاً.

و أمّا إثبات كون التلف بغير تعـدٍّ و تفريط، فهو بحاجـة إلی الدليل، و كونه أميناً لا يُغنيه من ذلك. و لمّا يرجع قوله إلی إنكار التعدّی و التفريـط من جـانبه مطلقـاً- و لو كان بصورة الـدعوی ظاهراً- فعليه أن يحلف لإثباته؛ لأنّه منكر، و اليمين علی من أنكر. نعم بعـد ما ثبت عدم التعدّی و التفريط بيمينه يُنفی عنه الضـمان بمقتضی كونه أميناً. بخلاف ما لو لم يكن أميناً، حيث لا ينفع إثبات عدم تفريطه باليمين لنفی الضمان عنه؛ لأنّه ضامن مطلقاً، و إن تلف ما فی يده بغير تفريطه و تعدّيه.

و عليه فقاعدة «المدّعی و المنكر» إنّما تُثبت موضوع قاعدة «لا ضمان علی الأمين»، و هو التلف بغير تعدٍّ و تفريط.

و اتّضح ممّا بيّنّاه وجه حكمهم بيمينه لإثبات دعواه، و هو رجوع دعواه فی الحقيقة إلی إنكار التفريط و التعدّی من جانبه.

---

(۱)- جواهر الكلام ۲۶: ۳۰۸.

(مسألة ۱۲): عقد الشركة جائز من الطرفين

اشارة

(۱)، فيجوز لكلّ منهما فسخه فينفسخ.

الشركة عقد جائزٌ

(۱) ۱- قد اشتهر التعبير بذلك بين الفقهاء، كالمحقّق الحلّی و العلّامة و المحقّق الكركی و الشهيد الثانی و غيرهم. بل عن الغنية و التذكرة الإجماع عليه. و هل الجواز هاهنا بمعنى زوال أصل الشركة بالفسخ، أو بمعنى جواز رفع الإذن و مطالبة القسمة لكلّ من الشريكين؟ ينبغی فيه التحقيق.

قال العلّامة فی القواعد: «و يجوز الرجوع فی الإذن و المطالبة بالقسمة؛ إذ الشركة من العقود الجائزة من الطرفين» «۱».

و علّله فی جامع المقاصد بقوله: «لمّا كانت الشركة عبارة عن توكيل و توكّل، كان فسخها جائزاً من الطرفين كالوكالة، فمتى رجعا عن الإذن انفسخت من الجانبين» «۲». و ظاهره فسخ أصل الشركة لظهور التعليل فی انتفائها و زوالها بالفسخ كزوال التوكيل به.

---

(۱)- قواعد الأحكام ۲: ۳۲۷.

(۲)- جامع المقاصد ۸: ۲۲.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۱۳۴

...

و قال فی الشرائع: «و لكلّ من الشركاء الرجوع فی الإذن و المطالبة بالقسمة، لأنّها غير لازمة» «۱» و قال فی المسالك فی شرحه: «الشركة بمعنييها غير لازمة» «۲».

و مقصوده من المعنيين الشركة العقدية و غيرها. ثمّ استظهر من قول المحقّق:

«و المطالبة بالقسمة» غير العقدية، بل جعلها من أحكام الشركة. و من قوله:

«الرجوع فی الإذن» العقدية.

ثمّ جعل الأنسب فی قوله: «غير لازمة» أن يكون إشارة إلى العقدية.

و لكن يظهر من الجواهر «۳» أنّ الجواز فی المقام إنّما هو بمعنى الرجوع عن الإذن فی التصرّف. و ذلك لأنّ عقد الشركة تارة: يراد به التزام كلّ واحد من الشريكين بإذن صاحبه بالتصرّف فی سهمه. فهذا فی الحقيقة ليس عقداً، بل من أحكام الإذن. و إنّه ليس من العقود قطعاً، نحو الإذن فی دخول الدار و أكل الطعام، بل لو جُعل الإذن فی المقام عقداً، فليس إلّا وكالةً، لا شركةً.

و اخرى: يراد به إنشاء الشركة بمثل صيغة: «اشتركنا»، أو «شاركنا». و إنّه عقد لازمٌ لا ينافيه بطلان الشركة بالقسمة، كما لا ينافی لزوم البيع الإقالة «۴».

و حاصل كلامه: أنّ الذی هو عقد جائزٌ من الطرفين و ينفسخ، هو عقد الشركة المنشأ للإذن فی التصرّف، بل ليس عقداً فی الحقيقة و إنّما هو مجرّد إذن فی التصرّف. فلمّا كان ثبوته بالإذن يزول بالفسخ، فلا يجوز حينئذٍ لهما التصرّف فی المال المشترك.

---

(۱)- شرائع الإسلام ۲: ۱۰۷.

(۲)- مسالک الأفهام ۴: ۳۱۵.

(۳)- جواهر الکلام ۲۶: ۳۰۶.

(۴)- راجع جواهر الکلام ۲۶: ۳۰۲.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۱۳۵

...

و کلامه- مع ما له من المتانة- لا یخلو من مناقشة. و هو أنّ عقد الشرکة لو کان بمعنی التزام کلٍّ من الشریکین إذن الآخر بالتصرّف فی ماله لا مانع من إطلاق عنوان العقد علیه. و أمّا لو کان بمعنی سبب الملکیة الإشاعیة أو الإشاعة فی الملکیة، فلا یمکن الالتزام بسببیته لذلک؛ لفرض حصول الإشاعة فی الملکیة بالمزج و نحوه، فلا معنی لسببیة العقد لذلک. فلا دخل للعقد فی أصل حصول الشرکة.

و علیه فالشرکة الحاصلة بالمزج و نحوه، لیست عقداً فضلًا عن اتّصافه باللزوم. فلا مناص من تعیُّنه فی المعنی الأوّل؛ أی بمعنی التزام کلٍّ من الشریکین إذن الآخر بالتصرّف. و یمکن عدّه عقداً بضربٍ من العنایة.

و إنّ للمحقّق الخوئی بیاناً آخر نظیر ذلک فی المقام. و حاصله: أنّ الجواز فی المقام لیس بمعنی ارتفاع الشرکة و زوالها بالفسخ؛ لأنّها موجودة ما دام لم تتحقّق القسمة فی الخارج، بل إنّما هو بمعنی جواز مطالبة کلٍّ منهما القسمة و عدم جواز امتناع صاحبه منها.

ثمّ قال فی توضیح ذلک ما حاصله: أنّ الشرکة تارة: تُلاحظ بالقیاس إلی أصل المال، فانفساخها یدور مدار تحقّق القسمة فی الخارج؛ لأنّها فی الحقیقة الملکیة المشاعة الاشتراکیة، و هی لا تتبدّل بالملکیة الاختصاصیة، إلّا بالقسمة.

و اخری: تلاحظ بالقیاس إلی الربح الحاصل من التجارة. فإنّ استحقاق الربح إنّما یثبت بإذن الشریک بالتصرّف فی سهمه و لا دخل لعقد الشرکة فی ذلک. و إنّ بقاء الإذن کحدوثه بید الآذن، فله أن یرجع عن إذنه و یرفعه متی شاء. و إذا رجع لا یجوز لشریکه التصرّف فی المال المشترک. و هذا المعنی هو المقصود من الجواز فی المقام.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۱۳۶

...

و کلامه هاهنا متین لا غبار علیه، إلّا أنّه یناقض ما سبق من هذا العَلَم، من عدم کون عقد الشرکة مفیداً للإذن بالتصرّف فی المال المشترک، بل لا بدّ بعد العقد من إذن کلّ من الشریکین لصاحبه بالتصرّف.

وجه المناقضة أنّه لو لم یکن الإذن ثابتاً بنفس عقد الشرکة فکیف یرتفع بالفسخ؟ فلا بدّ من ثبوته بالعقد حتّی یزول بالفسخ.

فتحصَّل أنّ الإذن بالتصرّف فی المال المشترک لمّا کان مستفاداً من نفس إنشاء عقد الشرکة بمثل قول: «اشترکنا» أو «شارکنا»، فلا محالة یرتفع الإذن بقوله:

«فسخت عقد الشرکة».

و أمّا فی دلالته علی مطالبة القسمة محلّ تأمّل، بل الظاهر عدم دلالةٍ للفسخ علی ذلک. بل غایة مدلوله انتفاءُ عقد الشرکة، لا أصلها. و إنّما تبقی الشرکة علی حالها قبل العقد، قهریة کانت أم اختیاریة. و الإشکال بعدم الفائدة لها بعد فسخ العقد، مدفوع بأنّ فائدتها فی نماء المال المشترک أو ازدیاد قیمتها بنفس المزج أو بارتفاع القیمة السوقیة. هذا، مع عدم دَوَران بقاء الشرکة مدار وجود فائدة و مصلحة فیها، کما فی الشرکة القهریة الحاصلة بالمزج القهریة.

فتحصّل أنّ فسخ عقد الشرکة إنّما هو بمعنی رفع إذن الفاسخ بالتصرّف فی المال المشترک، و لا دلالة له علی مطالبة القسمة، بل إنّما

ترجع الشرکة إلی حالها قبل العقد. و مطالبة القسمة بحاجة إلی دالّ لفظی آخر غیر فسخ العقد.

مقتضی التحقیق فی المقام

و الذی یقتضیه التحقیق: أنّ فسخ عقد الشرکة فی المقام إنّما هو بمعنی رفع الإذن بالتصرّف فی المال المشترک. و إنّه کما یستفاد إذن کلٍّ من الشریکین لصاحبه بالتصرّف فی ماله، من نفس إنشاء عقد الشرکة بالصیغة- کما بیّنّا وجه ذلک

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۱۳۷

...

سابقاً- کذلک یستفاد رفع الإذن من فسخ عقد الشرکة. و هذا من أحد شواهد کون فائدة إنشاء عقد الشرکة إذن کلٍّ من الشریکین صاحبه بالتصرّف فی المال المشترک للاتّجار و التکسّب به.

و أمّا أصل الشرکة فلمّا کان ثبوته بالمزج و نحوه، و لم یکن لعقد الشرکة دخلٌ فیه، لا ینتفی بفسخ العقد، بل إنّما ینتفی بالقسمة المزیلة للملکیة الإشاعیة الاشتراکیة بتبدیلها إلی الملکیة المفرزة الاختصاصیة.

إن قلت: إیجاد عقد الشرکة لمّا کان لغرض الاسترباح بالمال المشترک و تحصیل الربح المشترک بالتجارة، یکون فسخ العقد بمعنی انتفاء هذا الغرض و رفع استحقاق سهمٍ من الربح مشاعاً.

قلت: ربح المال المشترک علی قسمین: أحدهما: نماؤه المتصلة و المنفصلة.

و هذا القسم من الربح حاصل من نفس المال المشترک بلا وساطة تجارة أو تکسّب. ثانیهما: الربح الحاصل بالتجارة و التکسّب بالمال المشترک.

و هذا النوع من الربح لمّا یتوقّف حصوله علی التجارة و التکسّب بالمال المشترک و التصرّف فیه، لا یحصل الشرکة فیه بمجرّد الشرکة فی أصل المال- کالنوع الأوّل- بل إنّما تتوقّف الشرکة فیها علی إذن الشریک بالتصرّف فی ماله للتجارة. فعقد الشرکة فی الحقیقة یفید الشرکة فی هذا القسم من الربح، لا الشرکة فی النماء.

و علیه ففسخ عقد الشرکة یرفع الإذن الذی هو منشأ النوع الثانی من الربح.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۱۳۸

و الظاهر بطلان أصل الشرکة به فیما إذا تحقّقت بعقدها، لا بالمزج و نحوه (۱)، کمزج اللوز باللوز، و الجوز بالجوز، و الدرهم و الدینار بمثلهما. ففی مثلها لو انفسخ العقد یرجع کلّ مال إلی صاحبه، فیتخلّص فیه بالتصالح. و کذا ینفسخ بعروض الموت و الجنون و الإغماء و الحجر بالفلس أو السفه (۲).

تبطل الشرکة المتحقّقة بالعقد بفسخه

(۱) ۱- و قد فصّل السید الإمام الراحل فی المقام بین ما إذا تحقّقت الشرکة أوّلًا بالمزج ثمّ أنشأ الشریکان عقد الشرکة، و بین ما إذا تحقّقت الشرکة بنفس إنشاء عقدها، من دون تحقّق مزج بین المالین، کما فی القیمیات و ما شابهها ممّا لا یتحقّق فیه مزج تامٌّ، کمزج الجوز بالجوز و الدرهم و الدینار بمثلهما.

ففی الصورة الاولی حَکم بأنّه لا ینتفی أصل الشرکة بالفسخ، بل إنّما ثمرة الفسخ انتفاء الإذن فی التصرّف و استحقاق الربح، بخلاف

الصورة الثانیة فینتفی حینئذٍ أصل الشرکة؛ نظراً إلی تقوّمها فی غیر موارد المزج بنفس العقد، فإذا انفسخ العقد تنتفی الشرکة. فإذاً لا قسمة فی البین، بل المتعیّن هو التصالح لو أمکن، و إلّا فالقرعة، کما هو مقتضی القاعدة فی القیمیات المشتبهة.

(۲) ۲- و أمّا وجه انفساخ عقد الشرکة بالموت و الجنون و الإغماء و الفلس و السفه واضح. و ذلک إمّا لانتفاء الإذن بانتفاء وجود الآذن بالموت. و إمّا لانتفاء اعتبار قوله و فعله و إذنه بالجنون و الإغماء؛ لأنّ المغمی علیه ملحق بالمجنون. و لا یقاس بالنائم حتّی یتوهّم عدم انقطاع الإذن به. و ذلک لأنّ بالنوم لا یزول الإذن السابق الثابت قبل النوم، بل هو باقٍ بعد النوم عرفاً؛ حیث لا یری أهل العرف عروض النوم

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۱۳۹

و لا یبعد بقاء أصل الشرکة فی ذلک مطلقاً (۱)؛ مع عدم جواز تصرّف الشریک.

موجباً لانقطاع الإذن. و إمّا لمنعه عن التصرف فی ماله، کما فی المحجور. فلا اعتبار لإذنه بالتصرّف فی أمواله.

(۱) ۱- أی؛ سواءٌ کان انفساخ العقد بعروض الموت أو الجنون أو الإغماء أو الحجر بالفلس أو السفه. فلم یستبعد السید الإمام بقاءَ أصل الشرکة فیما لو حصل الانفساخ بهذه العوارض و هو الصحیح؛ نظراً إلی عدم دخل للإذن فی أصل الشرکة الحاصلة بالمزج و نحوه حتّی تزول بالعوارض المزبورة.

و مقتضی التحقیق فی المقام ما ذهب إلیه السید الإمام الراحل فی المقام.

و حاصله: التفصیل بین ما إذا تحقّقت الشرکة بنفس العقد و کانت متقوّمة بإنشائه فتنتفی لا محالة بفسخه و تبطل الشرکة من أصلها حینئذٍ، و بین ما إذا کانت الشرکة متحقّقة بسائر الأسباب من مزج أو غیره، فحینئذٍ لا ینتفی أصل الشرکة بالفسخ، بل إنّما ینتفی به الإذن بالتصرّف فی المال المشترک و استحقاق الربح بالتکسّب به.

و بذلک اتّضح ضعف القول ببقاءِ أصل الشرکة فی المقام مطلقاً. نعم، بناءً علی اعتبار المزج فی الشرکة العقدیة لا تنتفی أصل الشرکة مطلقاً، بل إنّما ینتفی خصوص الإذن بالتصرّف حینئذٍ. و من هنا یرد علی السید الإمام الراحل إشکال التناقض فی المقام. و ذلک لأنّه أفتی فی المسألة السابعة باشتراط المزج و احتاط وجوباً بتحقّق سائر أسباب الشرکة- غیر عقدها- فی صحّة عقد الشرکة العنانیة.

و لکن ظاهره فی المقام تحقّق الشرکة بعقدها وحده- مع عدم تحقّق أحد أسباب الشرکة من المزج و غیره و حَکَم بصحّته قبل الفسخ. اللّهم إلّا أن یقال: إنّ کلامه هاهنا مبتنٍ علی فرض بناء تحقّق الشرکة بمجرّد عقدها و بدون سائر أسباب الشرکة.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۱۴۰

(مسألة ۱۳): لو جعلا للشرکة أجلًا لم یلزم

اشارة

(۱)، فیجوز لکلّ منهما الرجوع قبل انقضائه، إلّا إذا اشترطا فی ضمن عقد لازم عدم الرجوع، فیجب علیهما الوفاء، بل و کذا فی ضمن عقد جائز، فیجب الوفاء ما دام العقد باقیاً.

حکم تأجیل عقد الشرکة

(۱) ۱- و قد سبق نظیر هذا الکلام فی اشتراط الأجل لعقد المضاربة. و الوجه فی عدم لزوم هذا الشرط، بل عدم صحّته، کونه مخالفاً

لمقتضی عقد الشرکهٔ؛ لأنّه کنایهٔ عن لزوم عقد الشرکهٔ الجائز من الطرفین. و السرّ فی ذلک أنّ المقصود من اشتراط الأجل لعقد الشرکهٔ، اشتراط نفی سلطته و عدم قدرته علی فسخه إلی انتهاء ذلک الأجل. و هذا المعنی یؤول إلی لزوم العقد و منافٍ لجواز عقد الشرکهٔ، کما هو واضح.

بیان ذلک: أنّ تأجیل عقد الشرکهٔ تارهٔ: یکون بمعنی إزالهٔ حقّ الرجوع عن الإذن إلی نهایهٔ الأجل المضروب و نفی السلطهٔ علی فسخه إلی ذلک الزمان، فیعود إلی شرط النتیجهٔ المفید لعدم جواز الفسخ و صیرورهٔ العقد لازماً. و قد فهم المشهور هذا المعنی؛ حیث أخذوا التأجیل کنایهٔ عن لزوم العقد إلی نهایهٔ الأجل. و هذا المعنی مخالف لمقتضی عقد الشرکهٔ الذی هو عقد جائز. و من هنا یبطل هذا الشرط و یُصبح لغواً. و من أجل ذلک حکموا ببطلان هذا الشرط و عدم نفوذه.

و اخری: بمعنی توقیت أصل ثبوت الإذن و استمراره إلی نهایهٔ الأجل. فیکون الأجل شرط أصل ثبوت الإذن، و لازمه انتفاءُ الإذن بعد مضیّ الأجل لا کنایهً عن لزوم العقد و إزالهٔ حقّ الرجوع و نفی السلطهٔ علی الفسخ، بل بمعنی انتفاء الإذن بعد

...

مضیّ الأجل. و قد سبق نظیر هذا الکلام من السید الخوئی فی المسألهٔ الحادیهٔ عشر من کتاب المضاربهٔ من دلیل تحریر الوسیلهٔ.

و علیه فالشرط فی الصورهٔ الثانیهٔ صحیح؛ لعدم کون التوقیت و تأجیل عقد الشرکهٔ کنایهٔ عن لزومه، بل بمعنی توقیت أصل الإذن. و لا ینافی ذلک ثبوت حقّ الرجوع له قبل مضیّ المدّهٔ مهما شاءَ، کما کان ثابتاً لو کان یأذن مطلقاً من دون توقیت.

و هذا المعنی هو المساعد للمتفاهم العرفی من تأجیل عقد الشرکهٔ؛ حیث یفهم أهل العرف منه توقیت أصل العقد بما له من المقتضیات، بمعنی انتفاؤه و انفساخه بمجرّد مضیّ الأجل، بلا حاجهٔ إلی الفسخ.

و علی أیّ حال لا- ینتفی حقّ الرجوع عن الإذن و جوازه بتأجیل عقد الشرکهٔ؛ إمّا لبطلان اشتراط عدم الرجوع؛ نظراً إلی کونه من الشرط المخالف لمقتضی العقد؛ بناءً علی کونه کنایهٔ عن اللزوم. و إمّا لعدم کونه کنایهٔ عن اللزوم، بل بمعنی توقیت أصل الإذن، کما قلنا.

ثمّ فی المقام بقیت نکتهٔ و هی: أنّ لتأجیل العقد مدلولین:

أحدهما: بلحاظ ما قبل انتهاء الأجل. و کلّ ما سبق من البحث کان بهذا اللحاظ.

ثانیهما: بلحاظ ما بعد الأجل فلا بدّ من التأمّل فی مدلول تأجیل عقد الشرکهٔ بهذا اللحاظ بالنسبهٔ إلی التفسیرین المزبورین للتأجیل.

فنقول: مقتضی القاعدهٔ أنّ من جعل التأجیل کنایهٔ عن لزوم العقد بالنسبهٔ إلی ما قبل انتهاء الأجل ینبغی أن یلتزم بظهور التأجیل فی انتفاء اللزوم فیما بعد الأجل و رجوع عقد الشرکهٔ إلی مقتضاه الأصلی.

...

و أمّا من جعل التأجیل مجرّد تحدید زمان الإذن و توقیت أصل العقد، لا مناص له من الالتزام بانتفاء الإذن بعد مضیّ الأجل.

و لکن عمدهٔ الکلام و النزاع فی المقام إنّما فی مدلول التأجیل بالنسبهٔ إلی ما قبل انتهاء الأجل، و إن کان مرجع التفسیرین بالمآل إلی الجواز و یفترق الحکم بینهما بالنسبهٔ إلی ما بعد الأجل.

هذا کلُّه فی تأجیل عقد الشرکهٔ.

حکم اشتراط عدم الرجوع عن الإذن فی عقد الشرکة

و أمّا اشتراط أحدهما أو کلیهما عدم الرجوع عن إذنه، فتارة: یکون هذا الاشتراط فی ضمن عقد الشرکة نفسه. و اخری: فی ضمن عقد جائز أو لازم آخر.

أمّا اشتراط عدم الرجوع فی ضمن عقد الشرکة؛ فتارة: یکون علی نحو شرط النتیجة علی نحو ما بیّنّاه و یراد به إزالة حقّ الفسخ و نفی السلطة علی الرجوع، فیکون الاشتراط حینئذٍ کنایة عن لزوم العقد و لا یصحّ؛ نظراً إلی منافاته لمقتضی العقد. فیلغو الشرط حینئذٍ و یبقی عقد الشرکة صحیحاً جائزاً کما کان.

و اخری: یکون علی نحو شرط الفعل؛ بأن یشترط الشریکان عدم الرجوع عن إذنهما عملًا إلی مدّة أو ما دامت الشرکة باقیة، فمقتضی القاعدة صحّة الشرط بهذا المعنی، لو احرز کونه المقصود من اشتراط عدم الرجوع.

و ذلک لرجوع اشتراط عدم الرجوع عملًا إلی إعمال قدرته علی الفسخ. فلمّا کان کلّ منهما قادراً علی الفسخ و معنی القدرة أنّ صاحبها إن شاء فعل و إن شاء لم یفعل، یدخل اشتراط عدم الرجوع فی إعمال قدرته بترک الرجوع عن الإذن. فتبیّن

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۱۴۳

...

ممّا قلنا عدم اعتبار وقوع اشتراط ذلک فی ضمن عقد لازم أو جائز آخر غیر عقد الشرکة، بل یصحّ و ینفذ اشتراط عدم الرجوع- علی نحو شرط عدم الفعل- و یجب الوفاء به، إذا کان فی ضمن عقد الشرکة أیضاً.

و أمّا إذا اشترطا عدم الرجوع فی ضمن عقد لازم أو جائز آخر یصحّ و ینفذ، و وجهه ما ذکرناه. فالملاک المصحح للشرط فی الجمیع واحد، و هو عدم مخالفة الشرط لمقتضی عقد الشرکة حینما کان راجعاً إلی إعمال سلطة المالک علی ماله باشتراط عدم الرجوع عن إذنه عملًا علی نحو شرط الفعل. بلا فرق بین وقوع الشرط المزبور فی ضمن عقد الشرکة و بین وقوعه فی عقد آخر لازم أو جائز.

و أمّا وجوب الوفاء بهذا الشرط فی الواقع منه ضمن عقد لازم فلا خلاف و لا إشکال. و أمّا فی الواقع منه ضمن العقد الجائز فعلی المبنی؛ لما فیه من الاختلاف.

فیجب الوفاءُ به بناءً علی صحّة الشرط الواقع فی ضمن العقد الجائز.

ثمّ إنّه لو قامت القرینة علی إرادة أحد المعنیین من الشرط فهو، و إلّا فالمساعد للمتفاهم العرفی هو کون اشتراط ذلک علی نحو شرط الفعل لوضوح کون جواز العقد و لزومه و ثبوت السلطة الشرعیة علی الرجوع و العدم بید الشارع، فلا یخطر ببال أیّ متشرّع التعرّض إلی حریم الشارع و تغییر ما جعله من الأحکام الشرعیة. بل إنّما یفهم العرف من الاشتراط المزبور أنّ المشترط أراد بذلک إعمال حقّه الذی جعل له الشارع. و هذا لا یلائم إلّا اشتراط عدم الرجوع علی نحو شرط الفعل.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۱۴۴

(مسألة ۱۴): لو تبیّن بطلان عقد الشرکة، کانت المعاملات- الواقعة قبله- محکومة بالصحّة

إذا لم یکن إذنهما متقیّداً بالشرکة إذا حصلت بالعقد، أو بصحّة عقدها فی غیره (۱). هذا إذا اتّجر کلّ منهما أو واحد منهما مستقلّاً، و إلّا فلا إشکال. و علی الصحّة لهما الربح و علیهما الخسران علی نسبة المالین، و لکلّ منهما اجرة مثل عمله بالنسبة إلی حصّة الآخر.

حکم المعاملات الواقعة قبل بطلان عقد الشرکة

(۱) ۱- قوله: «إذا لم یکن إذنهما متقیّداً بالشرکة إذا حصلت بالعقد» مقصوده أنّ الشرکة إذا حصلت بنفس عقدها لا بالمزج و نحوه، فالإذن یکون طبعاً متقیّداً بصحّة العقد. و ذلک لأنّ سبب حصول الشرکة حینئذٍ عقدها، فإذا انتفی السبب ینتفی المسبّب لا محالة. و مع انتفاء الشرکة بانتفاء سببها ینتفی الإذن؛ نظراً إلی تقیّده و اشتراطه بالشرکة. و ینتفی المشروط بانتفاء شرطه. و کان الأنسب أن یقول السید الماتن: «إذا لم یکن إذنهما متقیّداً بالشرکة الحاصلة بعقدها».

و قوله: «أو بصحّة عقدها فی غیره» مراده ما إذا لم یکن الإذن متقیّداً بصحّة عقد الشرکة فی غیر ما إذا حصلت بعقدها، بل حصلت بمزج و نحوه، و کان العقد تأکیداً أو شرطاً. فلو کان الإذن متقیّداً بصحّة عقد الشرکة، لا أصل الشرکة، ینتفی الإذن لا محالة بتبیّن فساد عقدها، و لو بقی أصل الشرکة؛ نظراً إلی تقیّد الإذن و اشتراطه حینئذٍ بصحّة عقد الشرکة، لا بتحقّق أصل الشرکة، و المشروط ینتفی بانتفاء شرطه. و هاهنا کان الأنسب أن یقول السید الماتن: «أو بصحّة عقدها فیما حصلت الشرکة بمزج و نحوه».

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۱۴۵

...

و أمّا الوجه فی الصحّة فی غیر الموردین المزبورین، صدور الإذن من الشریک لصاحبه بالمعاملات الواقعة منه قبل تبیّن فساد العقد.

و إنّما یمکن إحراز إذنه بالمعاملات الواقعة منه قبل تبیّن فساد العقد فیما إذا لم یقیّد إذنه بصحّة عقد الشرکة، و إلّا تصیر المعاملات الواقعة قبل انکشاف بطلانه فضولیة و بحاجة فی صحّتها إلی لحوق إذن الشریک.

و السرّ فی ذلک أنّ الملاک فی تصحیح المعاملات الواقعة صدور الإذن بها من الشریک، و بعد ما صدر منه الإذن بذلک لا یضرّ تبیّن فساد عقد الشرکة بصحّة المعاملات المأذونة؛ لعدم دخل لصحّة عقد الشرکة فی صحّتها، ما لم یکن الإذن مقیّداً بصحّة عقد الشرکة. و قد اتّضح بذلک عدم خصوصیةٍ لوقوع المعاملات قبل تبیّن بطلان عقد الشرکة؛ نظراً إلی عدم منافاة صحّة المعاملات المأذونة من جانب الشریک مع فساد عقد الشرکة، بل حتّی بعد تبیّن فساد عقدها لو أذن الشریک بالتجارة بماله صحّت المعاملة بالمال المشترک.

هذا کلّه إذا اتّجر کلّ واحد من الشریکین مستقلّاً. و أمّا إذا اتّجرا معاً فلا یضرّ تبیّن فساد عقد الشرکة بصحّة المعاملات الواقعة قبله أو بعده؛ لفرض حصول إذنهما معاً علی أیّ حال؛ نظراً إلی مباشرتهما فی الاتّجار.

ثمّ إنّه علی فرض صحّة المعاملة عند تبیّن فساد عقد الشرکة یستحقّ العامل من الشریکین اجرة مثل عمله؛ نظراً إلی احترام عمل المسلم و عدم کونه مقدّماً علی المجانیة؛ لأنّه إنّما أقدم علی العمل فی مال شریکه بإذنه فیستحقّ اجرة عمله. و إنّما المانع من استحقاقه لها التزامه بالاکتفاء بالربح فی ضمن عقد الشرکة و المفروض تبیّن فساده و ارتفاع الالتزام بذلک. فإذا بطل عقد الشرکة تنتفی آثاره و أحکامه. نعم، الربح الحاصل بتلک المعاملات الواقعة قبل تبیّن الفساد یُقسَّم بینهما علی نسبة

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۱۴۶

...

المالین؛ لأنّه مقتضی أصل الشرکة المفروض حصولها بمزج و نحوه.

قوله: «بالنسبة إلی حصّة الآخر»؛ أی کلّ واحد من العاملین یستحقّ اجرة مثل عمله بالقیاس إلی مال شریکه؛ حیث لا یستحقّ الشخص اجرة فی مال نفسه.

و علیه فاستحقاق العامل لُاجرة المثل عند تبیّن فساد عقد الشرکة یبتنی علی اختصاص حصّة معیّنة من الربح لأجل عمله زائداً عن سهمه من الربح بنسبة ماله.

و إلّا یشکل القول باستحقاق العامل اجرة مثل عمله؛ إذ لم یجعل له شیئاً زائداً من الربح بإزاء عمله لکی یستحقّا اجرة المثل عند تبیّن فساد العقد. و الإقدام علی العمل و إن لم یکن علی نحو المجانیة، بل طمعاً فی الربح، إلّا أنّهما التزما بالاکتفاء بالربح الثابت لهما بمقتضی أصل الشرکة بنسبة المالین. و معناه إنّه لم یکن فی قبول العمل بصدد طلب اجرة بإزاء عمله، بل التزم بعدم استحقاقه شیئاً غیر الربح الثابت بمقتضی الشرکة. و قد سبق نظیر ذلک منّا مفصّلًا فی کتاب المضاربة. و لا فرق فی ذلک بین صدور العمل من أحدهما أو من کلیهما. فلا یستحقّ حینئذٍ کلٌّ منهما علی الآخر شیئاً. نعم، لو صدر العمل من أحدهما دون الآخر و جُعل له قدر زائد من الربح، یستحقّ العامل علی الآخر عند تبیّن فساد العقد اجرة مثل عمله بإزاء ما فات من الربح الزائد المجعول له لأجل عمله.

و یحتمل حینئذٍ عدم استحقاق شیء عند تبیّن فساد العقد؛ لصدور العمل من کلیهما، و لکون تخصیص الربح الزائد بأحدهما من آثار عقد الشرکة و انتفائه لا محالة بتبیّن فساده.

هذا تمام الکلام فی أحکام الشرکة من کتاب دلیل تحریر الوسیلة.

و الحمد للّه أوّلًا و آخراً و صلواته علی محمد و آله سرمداً.

فرغت منه بعون اللّه تعالی و لطفه فی أواخر شهر رمضان المبارک

من سنة ۱۴۲۵ ه ق.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۱۴۷

القول فی القسمة

اشارة

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۱۴۹

القول فی القسمة

و هی تمییز حصص الشرکاء بعضها عن بعض (۱)؛ بمعنی جعل التعیین بعد ما لم تکن معیّنة بحسب الواقع، لا تمییز ما هو معیّن واقعاً و مشتبه ظاهراً.

تعریف القسمة و خصوصیاتها

اشارة

(۱) ۱- هذا المعنی هو المتبادر من عنوان القسمة بلا إشکال و قد جاء فی کلمات الفحول تعریف القسمة بتعابیر متشابهة.

قال فی الجواهر: «هی تمییز الحقّ لکلّ شریک عن غیره» «۱».

و عرّفها فی المسالک بقوله: «و اعلم أنّ القسمة عندنا تمییز حقّ أحد الشرکاء عن حقّ الآخر» «۲»، و نظیره فی الحدائق «۳» و غیره «۴».

---

(۱)- جواهر الکلام ۲۶: ۳۰۹.

(۲)- مسالک الأفهام ۴: ۳۱۸.

(۳)- الحدائق الناضرة ۲۱: ۱۶۹.

(۴)- مجمع الفائدة و البرهان ۱۰: ۲۱۰.

دلیل تحریر الوسیلة – الشرکة و القسمة، ص: ۱۵۰

...

و أمّا ما أشار إلیه السید الماتن فی توضیح التعریف- من أنّه بمعنی جعل التعیین بعد ما لم تکن معیّنة بحسب الواقع، لا تمییز ما هو معیّن واقعاً و مشتبهٌ ظاهراً- فالوجه فیه أنّ القسمة فرع تحقّق حقیقة الشرکة، و هی لا تتحقّق فیما کان معیّناً واقعاً و مشتبهاً ظاهراً. و لکنّه مبنیّ علی عدم القول بتحقّق القسمة فی الشرکة الظاهریة السابق تعریفها فی أوّل هذا الکتاب فی بیان أقسام الشرکة.

و قد سبق هناک أنّ أحکام الشرکة تترتّب علی الشرکة الظاهریة أیضاً- و منها القسمة- کما صرّح به فحول الفقهاء، مع أنّهم عرّفوا الشرکة الظاهریة بما کان أجزاءُ المال المشترک معیّنة فی الواقع و نفس الأمر، و إنّما ارتفع التمییز عنها ظاهراً.

نعم ما قال به السید الماتن قدس سره هاهنا یلائم ما سبق منه، من اعتبار المزج التامّ فی الشرکة العقدیة؛ إذ بناءً علی ذلک لا شرکة فی ما لا- مزج تامّ فیه. و ما تحقّق فیه المزج التامّ لا تعیُّن لأجزاء الممزوج واقعاً، کما فی المائعات، و القسمة إنّما تصحّ فی مورد تحقّق الشرکة. و لمّا لا- شرکة عقدیة فی غیر المزج التامّ، فإذاً تکون القسمة تمییز ما هو غیر معیّن واقعاً. و کذا فی الشرکة الحاصلة فی القیمیات لعقد التشریک، أو الإرث، أو الإحیاء، أو الحیازة، أو بالبیع و الشراء، أو الهبة و نحو ذلک من أسباب الشرکة غیر العقدیة فالشرکة فی جمیع هذه الموارد واقعیة، و حصص الشرکاء غیر معیّنة واقعاً، بل علی نحو الإشاعة الحقیقیة. فالقسمة فی جمیع هذه الموارد تمییز حقوق غیر معیّنة واقعاً.

و لکن لا یلائم ما سبق من السید الماتن قدس سره، من تحقّق الشرکة الظاهریة فی غیر المائعات، فالقسمة حینئذٍ تکون بحسبها.

بیان ذلک: أنّ فی موارد تکون الشرکة ظاهریة فی رأی السید الماتن قدس سره، کما

دلیل تحریر الوسیلة – الشرکة و القسمة، ص: ۱۵۱

...

فی الشرکة الحاصلة بمزج غیر تامٍّ، کمزج الحبوبات التی لها حبات صغیرة بمجانسها، کالخشخاش بالخشخاش و الدخن و السمسم و الحنطة و الشعیر بمثلها، بل مزج الجامدات الناعمة بعضها ببعض کالأدقة. و قد صرّح السید الماتن بذلک کلّه فی المسألة الاولی من کتاب الشرکة و قد سبق البحث عن ذلک فی أوائل هذا الکتاب فی أقسام الشرکة.

و إنّ الشرکة فی جمیع هذه الموارد ظاهریة فی رأی السید الماتن. و معنی الشرکة الظاهریة أنّ أجزاء المال المشترک معیّنة واقعاً و إنّما ارتفع عنها التمییز ظاهراً. فالقسمة فی مطلق موارد الشرکة الظاهریة تکون تمییز ما هو غیر متمیّز ظاهراً و لکنّه معیّن واقعاً.

و لا یبعد کون مقصود السید الماتن اخراج القیمیات التی تصیر باختلاطها مشتبهة بین مُلّاکها من دون ارتفاع تمییز بعضها عن بعض حتّی ظاهراً. فیتعیّن التراضی و إلّا فالقرعة، و لا تکون القسمة مشروعة حینئذٍ. و لکن تعبیر السید الماتن یشمل مطلق موارد الشرکة الظاهریة أیضاً مع اتّفاق الفقهاء علی مشروعیة القسمة هناک؛ حیث حکموا بترتّب جمیع أحکام الشرکة علی الظاهریة منها و من أحکامها القسمة. و هی حینئذٍ ظاهریة بمعنی تمییز ما هو غیر متمیّز ظاهراً، و إن کان معیّناً فی الواقع.

و قد سبق «۱» استظهار الشرکة الظاهریة فی مواردها و ترتّب أحکام الشرکة- و منها القسمة- علیها، من کلام صاحب الجواهر، و صرّح به صاحب العروة و السید الحکیم.

(۱)- راجع مبحث أقسام الشرکة فی أوائل هذا الکتاب.

دلیل تحریر الوسیلة – الشرکة و القسمة، ص: ۱۵۲

و لیست ببیع و لا معاوضة (۱)، فلا یجری فیها خیار المجلس و لا خیار الحیوان المختصّان بالبیع، و لا یدخل فیها الربا و إن عمّمناه لجمیع المعاوضات.

لیست القسمة ببیع و لا أیّة معاوضة اخری

(۱) ۱- إنّ القسمة عنوان مستقلّ، کما عرفت من تعریفها. و لیست ببیع و لا صلح و لا أیّة معاوضة اخری، کما صرّح به فی الشرائع و المسالک «۱» و الجواهر «۲»، و الحدائق «۳» و مجمع البرهان «۴» و غیره، بل لا خلاف فی ذلک کما صرّح به الأصحاب «۵». و فی المسالک: «خالف فی ذلک بعض العامّة مطلقاً و فی قسمة الردّ، لشبهة أنّ کلّ جزء یفرض مشترک بینهما، فتخصیص کلّ واحدٍ بجزءٍ معیّن، و إزالة ملک الآخر عنه بعوضٍ مقدّر- و هو ملکه فی الجزء الآخر- علی جهة التراضی، یقتضی البیع، لأنّ ذلک حدّه. و هذا إنّما یتمّ علی تقدیر تسلیم کون البیع کذلک. و منعه واضح، بل له صیغة خاصّة إیجاباً و قبولًا، بخلاف القسمة، و لا یلزم من المشارکة فی بعض الأحکام الاتّحاد» «۶».

و دلّ علی مشروعیتها- مضافاً إلی سلطة الناس علی أموالهم و وجوب ردّ

---

(۱)- مسالک الأفهام ۴: ۳۱۸.

(۲)- جواهر الکلام ۲۳: ۳۹۰ و ۲۶: ۳۰۹.

(۳)- الحدائق الناضرة ۲۱: ۱۶۹.

(۴)- مجمع الفائدة و البرهان ۱۰: ۲۱۱.

(۵)- راجع المصادر المزبورة.

(۶)- مسالک الافهام ۴: ۳۱۸.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۱۵۳

...

المال إلی مالکه- من الکتاب قوله تعالی: «وَ إِذا حَضَرَ الْقِسْمَةَ» «۱» و قوله تعالی:

«وَ نَبِّئْهُمْ أَنَّ الْماءَ قِسْمَةٌ بَیْنَهُمْ» «۲».

و من السنّة: النصوص الواردة فی القسمة کصحیح

غیاث بن إبراهیم عن أبیه عن آبائه عن علی علیه السلام: فی رجلین بینهما مال منه بأیدیهما، و منه غائب عنهما، فاقتسما الذی بأیدیهما، و احتال کلّ واحد منهما بنصیبه، فقبض أحدهما و لم یقبض الآخر، فقال: «ما قبض أحدهما فهو بینهما، و ما ذهب فهو بینهما» «۳».

و صحیح عبد اللّه بن سنان عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: سألته عن رجلین بینهما مال منه دین، و منه عین، فاقتسما العین و الدین، فتوی الذی کان لأحدهما من الدین أو بعضه، و خرج الذی للآخر أ یرد علی صاحبه؟ قال: «نعم، ما یذهب بماله؟» «۴».

و الظاهر أنّ لفظة «ما» فی قوله: «ما یذهب بماله؟» استفهامیة؛ أی: ما الذی ذهب بماله. و هذا الاستفهام إنکاری، و المقصود أنّ تلف الدین المجعول لأحدهما لا یوجب ذهاب حقّه من الدین.

و صحیح

سليمان بن خالد، قال: سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن رجلين كان لهما مال بأيديهما و منه متفرّق عنهما فاقتسما بالسويّة، ما كان فى أيـديهما، و ما كان غائباً عنهما، فهلك نصيب أحدهما ممّا كان غائباً و استوفى الآخر، عليه أن يرد على صاحبه؟ قال: «نعم، ما يذهب بماله» «۵».

---

(۱)- النساء (۴): ۸.

(۲)- القمر (۵۴): ۲۸.

(۳)- وسائل الشيعة ۱۸: ۴۳۵، كتاب الضمان، الباب ۱۳، الحديث ۱.

(۴)- وسائل الشيعة ۱۹: ۱۲، كتاب الشركة، الباب ۶، الحديث ۲.

(۵)- وسائل الشيعة ۱۸: ۳۷۱، كتاب التجارة، أبواب الدين و القرض، الباب ۲۹، الحديث ۱.

...

و صحيح

على بن جعفر فى كتابه عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام قال: سألته عن رجلين اشتركا فى السلم أ يصلح لهما أن يقتسما قبل أن يقبضا؟ قال: «لا بأس به» «۱»

. فإنّ إطلاق هذه النصوص تدلّ على مشروعية القسمة و نفوذها و صحّتها عند التراضى، بلا حاجة إلى شيء آخر من قرعة أو وجود قاسم منصوب، كما سيأتى استظهار ذلك منها فى كلام صاحب الحدائق فى المسألة الثالثة عشر.

و استدلّ فى المسالك على عدم كون القسمة بيعاً أوّلًا: بعدم افتقار إيقاع القسمة إلى صيغة، و هذا بخلاف البيع.

و ثانياً: بمشروعية الإجبار عليها مطلقاً، بخلاف البيع. حيث لا يجوز الإجبار عليه إلّا فى موارد خاصّة لعارض، كإفلاس أو احتكار أو الامتناع عن أداء دين عاجل.

و ثالثاً: تساوى النصيبين عند تساوى سهميهما فى المال، و هذا بخلاف البيع، لعدم لزوم تساوى العوضين فى المالية قال فى المسالك: «و اعلم أنّ القسمة عندنا تمييز حقّ أحد الشركاء عن حقّ الآخر، و ليست بيعاً و إن اشتملت على ردٍّ، لأنّها لا- تفتقر إلى صيغة، و يدخلها الإجبار فى غير تلك الأفراد التى يدخلها الجبر فى البيع، و يتقدّر أحد النصيبين بقدر الآخر مع تساويهما، و البيع ليس فيه شيء من ذلك، و اختلاف اللوازم و الخواصّ المطلقة يدلّ على اختلاف الملزومات و المعروضات» «۲».

و علّل فى الجواهر لذلك بأنّ القسمة لا تحتاج فى وقوعها إلى أزيد من قصد مفهومها. قال فى تعليل ذلك: «ضرورة عدم اعتبار قصد شيء زائد على مفهومها فى صحّتها» «۳».

---

(۱)- وسائل الشيعة ۱۸: ۳۷۱، كتاب التجارة، أبواب الدين و القرض، الباب ۲۹، الحديث ۲.

(۲)- مسالك الأفهام ۴: ۳۱۸.

(۳)- جواهر الكلام ۲۶: ۳۰۹.

...

و تحرير مقصوده أنّ المعنى المتبادر من عنوان القسمة غير ما هو المتبادر من البيع و الصلح و غيرهما من سائر عناوين المعاوضات. و لا يعتبر فى صحّة القسمة غير تحقّق مفهومها. و مراعاة العدل فيها شىءٌ آخر ممّا يعتبر فى سائر المعاملات، من قصد عنوان إحدى المعاوضات و صيغة إنشائها و لا يترتّب عليها حكم من أحكام سائر المعاملات من شفعة أو خيار و لا بطلان بالتفرّق قبل المجلس ممّا يثبت فى البيع، كما أشار إليه الأصحاب «١».

و أمّا ثمرة ذلك- أى عدم كون القسمة معاوضة- إنّما تظهر فى عدم ترتّب أحكام شىءٍ من البيع عليها، كما أشار إليه فى المسالك بقوله: «و تظهر الفائدة فى الشفعة، و فى بطلانها بالتفرّق قبل القبض فيما يعتبر فيه التقابض قبله فى البيع، و فى قسمة الوقف من الطلق، و خيار المجلس و غير ذلك» «٢».

و فى الجواهر: «و حينئذٍ فلا شفعة فيها و لا خيار مجلس و لا بطلان بالتفرّق قبل القبض فيما يعتبر فيه البيع» «٣».

و قد دلّ على عدم الشفعة فيها

ما رواه الشيخ فى المبسوط، «أنّ عبد اللّه بن يحيى كان قسّاماً لأمير المؤمنين عليه السلام، و قد قسّم رسول اللّه صلى الله عليه و آله خيبر على ثمانية عشر سهماً. و قال صلى الله عليه و آله: «و الشفعة فيما لم يُقسّم، فإذا وقعت الحدود و عُرفت الطرق فلا شفعة» «۴».

و أمّا الوجه فى عدم دخول الربا فى القسمة فلأنّ حقيقة الربا إمّا بيع الربوى

---

(١)- راجع المصادر المزبورة.

(٢)- مسالك الأفهام ۴: ٣١٩.

(٣)- جواهر الكلام ٢۶: ٣٠٩.

(۴)- المبسوط ٨: ١٣٣؛ جواهر الكلام ۴٠: ٣٢۶.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ١۵۶

[شرائطها]

(مسألة ١): لا بدّ فى القسمة من تعديل السهام

اشارة

:(١)

بأزيد من مثله أو اشتراط زيادة فى القرض لا مطلق الزيادة. و القسمة ليست شيئاً من ذلك؛ لعدم كونها بيعاً و لا قرضاً.

اعتبار التعديل فى القسمة

(١) ١- و ذلك أوّلًا: لوجوب القيام بالقسط و العدل بحكم العقل و الشرع، كما هو واضح. و القسمة فى الحقيقة حكمٌ و من هنا أدرجها كثيرٌ من الفقهاء فى كتاب القضاء. و قال تعالى: «وَ إِذٰا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النّٰاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ» «١».

و ثانياً: لاستلزام القسمة غصب مال الغير لو لم يُراع فيها التعديل. و هو لا يجوز قطعاً.

و ثالثاً: لشهادة بعض النصوص الدالّة على ذلك بالخصوص. مثل خبر

المنهال القصّاب، قال: قلت لأبى عبد اللّه عليه السلام: أشترى الغنم أو يشترى الغنم جماعةٌ. ثمّ يدخُل داراً، ثمّ يقوم رجلٌ على الباب فيعدُّ واحداً و اثنين و ثلاثة و أربعاً و خمساً، ثمّ يخرج السهم، قال عليه السلام: «لا يصلح هذا، إنّما تصلح السهام إذا عُدّلت القسمة»

«۲».

مقصوده ظاهراً السؤال عن حکم قسمهٔ الأغنام المشتراهٔ من بین قطیع علی نحو الکسر المشاع بإخراج السهم المشتری علی النحو المذکور فی النصّ. فنهی الإمام علیه السلام عن ذلک؛ نظراً إلی عدم مراعاهٔ التعدیل بذلک. و أمر بتعدیل القسمهٔ. و فی مورد السؤال إنّما التعدیل بحسب القیمهٔ و المالیهٔ.

---

(۱)- النساء (۴): ۵۸.

(۲)- وسائل الشیعهٔ ۱۷: ۳۵۶، کتاب التجارهٔ، أبواب عقد البیع و شروطه، الباب ۱۲، الحدیث ۸.

دلیل تحریر الوسیلهٔ - الشرکهٔ و القسمهٔ، ص: ۱۵۷

...

ثمّ إنّ فی فقه هذه الروایهٔ نکتتان ینبغی التنبیه علیها:

الاولی: أنّ لفظ التعدیل هاهنا بمعناه اللغوی، لا بالمعنی الواقع قسیماً للأقسام الثلاثهٔ، کما هو واضح. و لفظ الغنم بمعنی الجنس لا غنماً واحداً.

و الضمیر الفاعلی فی «یدخل» یرجع إلی الرجل المشتری. و المقصود أنّه بعد إنشاء عقد الشراء یدخل داراً فیها قطیع الغنم فیُخرج سهمه المشتری بالکیفیهٔ المذکورهٔ فی الروایهٔ.

الثانیهٔ: أنّ شراء الغنم فی مفروض سؤال الراوی یمکن تصویره بأحد النحوین الآتیین.

أحدهما: شراءُ تعداد غنم من قطیع ثمّ یُخرج الأغنام المشتراهٔ من بین القطیع بالعدّ علی النحو المذکور فی النصّ.

و لا إشکال فی بطلان هذا الشراء؛ نظراً إلی الجهل بمقدار المبیع؛ حیث إنّ الأغنام المشتراهٔ و إن کانت معلومهٔ بالعدد، و لکنّها لمّا تختلف فی الصغر و الکبر و الوزن لا یعلم مقدار المشتراهٔ منها بمجرّد تعیین العدد فیکون من قبیل بیع المجهول و یبطل.

و هذا المعنی یلائم عنوان الباب- المذکورهٔ فیه هذه الروایهٔ- فی الوسائل؛ حیث عقده بعنوان عدم جواز بیع المجهولات و ما لا یُقدر علیه، إلّا أنّ ذلک لا یلائم سؤال الراوی و جواب الإمام علیه السلام؛ لأنّ کلیهما عن حکم القسمهٔ، و ظاهرهما المفروغیهٔ عن صحّهٔ أصل البیع و الشراء فی مفروض السؤال. مضافاً إلی إشعار قول السائل: «ثمّ یُخرج السهم» بأنّ المشتری سهم من قطیع غنم لا تعداد غنم.

ثانیهما: شراءُ سهم من قطیع غنم و إخراج السهم المشتری بالکیفیهٔ المذکورهٔ فی النصّ. و لا إشکال حینئذٍ فی صحّهٔ هذا الشراء و البیع لعدم الجهل بالمبیع. و إنّما

دلیل تحریر الوسیلهٔ - الشرکهٔ و القسمهٔ، ص: ۱۵۸

و هو إمّا بحسب الأجزاء و الکمّیهٔ؛ کیلًا أو وزناً أو عدّاً أو مساحهٔ، و تسمّی قسمهٔ إفراز، و هی جاریهٔ فی المثلیات، کالحبوب و الأدهان و الأخلّ و الألبان (۱)، و فی بعض القیمیات المتساویهٔ الأجزاء، کطاقهٔ واحدهٔ من الأقمشهٔ التی تساوت أجزاؤها، و قطعهٔ واحدهٔ من أرض بسیطهٔ تساوت أجزاؤها. و إمّا بحسب القیمهٔ و المالیهٔ، کما فی القیمیات إذا تعدّدت، کالأغنام و العقار و الأشجار إذا ساوی بعضها مع بعض بحسب القیمهٔ، کما إذا اشترک اثنان فی ثلاثهٔ أغنام قد ساوت قیمهٔ أحدها مع اثنین منها، فیجعل الواحد سهماً و الاثنان سهماً. و تسمّی هذه قسمهٔ التعدیل. و إمّا بضمّ مقدار من المال مع بعض السهام لیعادل الآخر، کما إذا کان بین اثنین غنمان قیمهٔ أحدهما خمسهٔ دنانیر و الآخر أربعهٔ، فإذا ضمّ إلی الثانی نصف دینار تساوی مع الأوّل. و تسمّی هذه قسمهٔ الردّ.

السؤال و الإشکال فی کیفیة التقسیم المذکورة فی کلام السائل؛ لعدم رعایة التعدیل فیه؛ نظراً إلی اختلاف آحاد الأغنام صِغَراً و کِبَراً و وزناً، و من هنا نهی عنه الإمام علیه السلام.

و هـذا المعنی ظاهر هذه الروایة؛ لأنّ السؤال فیها عن حکم النحو المذکور من القسـمة، لا عن صـحّة البیع، و کذلک الجواب. لکنّه لا یلائم عنوان الباب فی الوسائل. و الظاهر أنّ إدراجها فی هذا الباب لیس فی محلّه.

قسمة الإفراز و التعدیل و الردّ و أحکامها

(۱) ۱- قوله الأخُل جمع القلّة للخَلّ، کما ذکره فی المنجد. و لکن التعبیر بجمع القلّة لا یناسب السیاق، بل الأنسب التعبیر بالخُلول، بل لم یذکر المصباح غیر الخلول صیغة اخری لجمع الخَلّ. ثمّ إنّه جعل السید الماتن الملاک فی مشروعیة

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۱۵۹

...

کـلٍّ واحـد من قسـمتی الإفراز و التعـدیل تساوی أجزاء الشـیء المقسوم و عـدمه، فحکم فی متساوی الأجزاء بجریان قسـمة الإفراز. و جعل المثلیات و بعض القیمیات من قبیل ذلک. و فی مختلفها حکم بجریان قسمة التعدیل إذا تساوت قیمة بعضها مع بعض.

و یشهد لذلک کلام صاحب الجواهر؛ حیث جعل المدار فی ذلک تساوی أجزاء المقسوم و اختلافها، فحکم فی الأوّل بتعدیل السهام بحسب الأجزاء و فی الثانی بحسب القیمة. و قال: «و یکون الأقسام بتعدیل السهام بالأجزاء إن کانت فی متساویها کیلًا أو وزناً أو ذرعاً أو عدّاً بعدد الأنصباء، أو بالقیمة إن اختلفت کالأرض و الحیوان» «۱».

قوله: بعدد الأنصباء؛ أی بحسب النصیب و بتعداده. و الأنصباء جمع النصیب.

و أمّا تعریف کلّ واحد من هذه الأقسام الثلاثة فقد عرفته فی المتن ببیان جامع.

و من هنا لا یدخل فیها الربا، و إن یأتِ الربا فی جمیع المعاوضات؛ نظراً إلی عدم کون القسمة معاوضةً، لا بیعاً و لا قرضاً.

و هل تکون قسـمة الردّ داخلة فی حقیقة القسـمة؟ فیه إشـکال؛ لعدم صدق تعریف القسمة علیها حقیقةً؛ إذ لا یتحقّق بها تمییز حصص الشـرکاء و لا تعـدیل تقسـیم الحصـص نفسـها، بل هی فی الحقیقـة مصالحـة بعض الحصـص بعوض، أو بیع أحـدهما بالآخر معاطاةً؛ لاشتمالها علی معاوضة بین المال الزائد الداخل فی أحد القسمین و بین ما بإزائه من قیمته المردودة إلی من کان سهمه أقلّ.

---

(۱)- جواهر الکلام ۲۶: ۳۰۹.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۱۶۰

(مسألة ۲): الظاهر إمکان جریان قسمة الردّ فی جمیع صور الشرکة

(۱) ممّـا یمکن فیهـا التقسیم؛ حتّی فیما إذا کانت فی جنس واحـد من المثلیات؛ بأن یقسّم متفاضـلًا و یضمّ إلی الناقص دراهم- مثلًا- تجبر نقصه و یساوی مع الزائد قیمة، و کذا إذا کانت فی ثلاثة أغنام تساوی قیمة واحد منها مع الآخرین؛ بأن یُجعل غالی قیمةً مع أحد الآخرین سهماً و ضمّ إلی السهم الآخر ما یساویهما قیمة و هکذا.

و أمّا قسـمة التعـدیل فقد لا تتأتّی فی بعض الصور کالمثال الأوّل، کما أنّ قسـمة الإفراز قد لا تتأتّی کالمثال الثانی. و قد تتأتّی الأقسام الثلاثـة، کما إذا اشترک اثنان فی وزنة حنطة قیمتها عشـرة دراهم، و وزنة شـعیر قیمتها خمسة، و وزنة حمّص قیمتها خمسة عشـر، فإذا قسّم کـلّ منهـا بانفرادهـا کانت قسـمة إفراز، و إن جعلت الحنطـة مع الشـعیر سـهماً و الحمّص سـهماً کانت قسـمة تعـدیل، و إن جعل

الحمّص مع الشعیر سهماً و الحنطة مع خمسة دراهم سهماً کانت قسمة الردّ، و لا إشکال فی صحّة الجمیع مع التراضی إلّا قسمة الردّ مع إمکان غیرها، فإنّ فی صحّتها إشکالًا، بل الظاهر العدم. نعم لا بأس بالمصالحة المفیدة فائدتها.

إمکان قسمة الردّ فی جمیع صور الشرکة، دون غیرها

(۱) ۱- و الوجه فی جریان قسمة الردّ فی جمیع موارد الشرکة واضح؛ ضرورة تحقّق تعدیل السهام بالکسر و الانکسار، و لو بحسب القیمة. لکنّه فی مقام الثبوت، و أمّا إثباتاً ففی صحّة قسمة الردّ مع إمکان قسمة الإفراز أو التعدیل إشکال، حتّی مع

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۱۶۱

...

التراضی، کما سیأتی من السید الماتن قدس سره.

و أمّا وجه عدم جریان قسمة الإفراز و التعدیل فی بعض صور القسمة، فقد عرفت آنفاً من عدم جریان الأوّل فی القیمیات المختلفة فی الأجزاء، بل هی مختصّة بقسمة التعدیل، کما أنّ الثانی- و هو قسمة التعدیل- یختصّ بالقیمیات المختلفة الأجزاء، فلا تأتی فی المثلیات المتساویة الأجزاء.

بقی هناک کلام و هو أنّ فی کون قسمة الردّ داخلة فی حقیقة القسمة إشکالًا؛ لعدم صدق تعریف القسمة علیها حقیقةً؛ إذ لا تتمیّز بها حصص الشرکاء نفسها و لا تعدیل تقسیمها؛ نظراً إلی اشتمالها علی مصالحة بعض حصّةٍ بعوض أو بیعه به معاطاةً.

و ذلک لاشتمالها علی معاوضة نصف المال الزائد الموجود فی أکثر السهمین بما یعادله من العوض المردود إلی من وصل إلیه السهم الأقلّ.

و من هنا لا یبعد دعوی أنّ قسمة الردّ لیست فی الحقیقة بقسمة؛ حیث لا یعتبرها عرف العقلاء قسمةً، و إنّ للقسمة حقیقة عرفیة، لا شرعیة، و ما لا یُعدّ عند أهل العرف قسمة لیس بقسمة.

و من هنا اتّضح وجه ما قال السید الماتن فی ذیل کلامه من صحّة القسمة بجمیع أقسامها مع التراضی فی مواردها، إلّا قسمة الردّ، فلا تجوز مع إمکان أخویها؛ نظراً إلی أنّ تعدیل السهام فی عین المال المشترک إمّا بحسب الأجزاء و هو حاصل بقسمة الإفراز، أو بحسب القیمة و هو حاصل بقسمة التعدیل، فلا وجه لاعتبار قسمة الردّ نوعاً مستقلّاً من القسمة. نعم، یجوز المصالحة المفیدة فائدتها عند التراضی، لکنّها لیست بقسمة. هذا، و لکن للمناقشة فی ذلک مجالًا واسعاً؛ نظراً إلی أنّ الشرکاء إذا لم یطلبوا قسمة الإفراز و التعدیل و رضوا بقسمة التراضی

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۱۶۲

(مسألة ۳): لا یعتبر فی القسمة تعیین مقدار السهام بعد أن کانت معدّلة

(۱)، فلو کانت صبرة من حنطة مجهولة الوزن بین ثلاثة، فجعلت ثلاثة أقسام معدّلة بمکیال مجهول المقدار، أو کانت بینهم عرصة أرض متساویة الأجزاء، فقسّمت ثلاثة أقسام معدّلة بخشبة أو حبل لا یدری مقدار طولهما، صحّ.

علی نحو المصالحة، لا إشکال فی البین، و لا سیّما بمقتضی عموم سلطة الناس علی أموالهم.

هذا مع إمکان قسمة الإفراز و التعدیل و أمّا مع عدم إمکانهما فلا إشکال فی جواز قسمة الردّ بالتراضی لکنّها فی الحقیقة ترجع إلی المصالحة بین السهم الأکثر و بین السهم الأقلّ مع الضمیمة.

عدم اعتبار تعیین السهام مع التعدیل

(۱) ۱- و ذلک لأنّ ما یعتبر فی صحّة القسمة إیصال حقّ كلّ واحد من الشركاء إلیه. و هذا حاصل بنفس تعدیل الحصص. و تعدیل الحصص و التسویة بینها لا- یتوقّف علی العلم بمقدار كلّ حصّة وزناً، إذا أمكن حصوله بكیل أو میزان أو نحوه ممّا یحصل العلم بتساوی مقادیر الحصص.

دلیل تحریر الوسیلة - الشركة و القسمة، ص: ۱۶۳

[أحكام القسمة]

(مسألة ۴): لو طلب أحد الشریكین القسمة بأحد أقسامها، فإن كانت قسمة ردّ أو كانت مستلزمة للضرر، فللشریک الآخر الامتناع

و لم یجبر علیها، و تسمّی هذه قسمة تراض، و إن لم تكن قسمة ردّ و لا مستلزمة للضرر یجبر علیها الممتنع (۱)، و تسمّی قسمة إجبار.

أحكام القسمة

متی یُجبر الشریک علی القسمة؟

(۱) ۱- و الضابط فی ذلک أنّه كلّما كانت القسمة مستلزمة ضرراً علی أحد الشریكین، لیست بمشروعة؛ لأدلّة نفی الضرر و الضرار، أو لانجراره إلی غصب مال الغیر، مع منافاته لسلطة الناس علی أموالهم. و أیضاً لا تجوز القسمة إذا استلزمت ردّاً؛ نظراً إلی كون الردّ معاوضة بین نصف القدر الزائد و بین عوضه، فلا یجوز الإجبار علیها، بل لا بدّ من تراضی الشریكین علی القسمة حینئذٍ. و من هنا سمّیت بقسمة التراضی.

دلیل تحریر الوسیلة - الشركة و القسمة، ص: ۱۶۴

...

و بعبارة اخری: إنّ القسمة تتوقّف صحّتها و مشروعیتها علی تعدیل السهام.

و فی قسمة الردّ تعدیل السهام متوقّف علی الردّ. و الردّ فی الحقیقة معاوضة بین نصف الزائد الواقع فی سهم أحدهما و بین قیمته المردودة إلی من وصل إلیه السهم الأقلّ.

و المعاوضة تتوقّف صحتها علی التراضی. و بالإجبار ینتفی التراضی. فإذا انتفی التراضی بطلت المعاوضة. و إذا بطلت المعاوضة لم یجز الردّ. و إذا انتفی الردّ انتفی تعدیل السهام. و إذا انتفی تعدیل السهام بطلت القسمة؛ نظراً إلی اشتراط صحّتها بتعدیل السهام.

و لكن لا یجوز الإجبار علی قسمة الردّ، و لو مع الأمن من الضرر.

و علّل ذلک فی المسالک بأنّ قسمة الردّ فی الحقیقة من قبیل بیع جزءٍ من المال؛ حیث قال قدس سره:

«و اعلم أنّ ما لا ضرر فی قسمته أعمّ من كونه مشتملًا علی ردٍّ و عدمه، و إنّما یجبر الممتنع ممّا لا ضرر فیه مع عدم اشتماله علی الردّ، لأنّه حینئذٍ یكون كبیع جزءٍ من المال، و لا یجبر علیه أحدهما» «۱».

و هو متین؛ لأنّ ردّ العوض بإزاء نصف المقدار الزائد الواقع فی سهمه، معاوضة بینهما فی الحقیقة.

و أمّا إذا لم تستلزم القسمة ضرراً و لا- ردّاً، یجبر الممتنع علیها، و تسمّی قسمة الإجبار. و قد اتّفق الفقهاء علی ذلک كما قال فی الشرائع و المسالک «۲» و الجواهر «۳»

---

(۱)- مسالک الأفهام ۴: ۳۲۰.

(۲)- نفس المصدر: ۳۱۹ و ۱۴: ۳۵.

(۳)- جواهر الکلام ۲۶: ۳۰۹ و ۴۰: ۳۳۹.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۱۶۵

...

و غیرهما «۱». بل فی المسالک و الجواهر نفی الخلاف عن ذلک.

ثمّ إنّه لو اختلفت الأنصباءُ فی القیمـة بـالجودة و الرداءة- کقطعـات الأرض المشترکـة لاختلافها فی قوة الإنبات أو القرب من النهر و البعد عنه أو للوقوع فی جنب الشارع العامّ، و نحو ذلک- فمقتضـی عبارة صاحب الشـرائع و کلمات المشـهور- و منهم السـید الماتن- کون قسمتها قسمة إجبار؛ لإمکان تعدیل السهام فیها بحسب القیمة، بأن یُجعل ثلث الأرض المشترکة من ناحیتها الجیّدة سهماً و ثلثیها من ناحیتها الردیئة سهماً.

و لکن أشـکل فی المسالک بقوله: «و مقتضـی عبارة المصـنّف قـدس سـره قسـمة هـذه إجباراً إلحاقاً للتساوی فی القیمة بالتساوی فی الأجـزاء. و یُحتمـل عـدم الإجبـار هنـا لاختلـاف الأغراض و المنـافع. و الوجهـان جاریـان فیمـا إذا کان الاختلاف لاختلاف الجنس، کالبستان الواحد المختلف الأشجار و الدار الواحدة المختلفة البناء.

و الأشهر الإجبار فی الجمیع» «۲».

و الضابطة فی عدم جواز إجبار الممتنع، توجّه الضـرر إلیه بالقسـمة. و هذا لا خلاف و لا إشکال فیه، و إنّما النزاع و الخلاف فی معنی الضرر المانع من الإجبار.

و سیأتی تفصیل الکلام فیه، إن شاء اللّه.

---

(۱)- راجع المصادر المزبورة.

(۲)- مسالک الأفهام ۱۴: ۳۶.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۱۶۶

فـإن کـان المال لا یمکن فیه إلّا قسـمة الإفراز أو التعـدیل فلا إشـکال. و أمّا فیما أمکن کلتاهما، فإن طلب قسـمة الإفراز یجبر الممتنع، بخلاف ما إذا طلب قسـمة التعدیل (۱)، فإذا کانا شـریکین فی أنواع متساویـة الأجزاء- کحنطة و شـعیر و تمر و زبیب- فطلب أحدهما قسـمة کلّ نوع بانفراده قسـمة إفراز اجبر الممتنع، و إن طلب قسـمة تعـدیل بحسب القیمـة لم یجبر (۲)، و کـذا إذا کانت بینهما قطعتا أرض أو داران أو دکّانـان، فیجبر الممتنع عن قسـمة کلّ منها علی حـدة، و لا یجبر علی قسـمة التعـدیل. نعم لو کانت قسـمتها منفردة مستلزمة للضرر دون قسمتها بالتعدیل، اجبر الممتنع علی الثانیة دون الاولی.

---

(۱) ۱- إذا لم یمکن واحـدٌ من قسـمة الإفراز أو التعـدیل، لا إشـکال فی جواز الإجبار علی الممکن منهما. و أمّا لو أمکن کلتاهما، لا یجبر علی قسـمة التعدیل عند إمکان الإفراز دون العکس. وجه الفرق أنّ فی قسـمة الإفراز یقسّم عین المملوک بجمیع أجزائه و یصـل مال کلّ شـریک إلیه بعینه، بخلاف قسـمة التعدیل؛ حیث یصل بها سـهم کلّ شریک إلیه بقیمته و مالیته، فمن أجل ذلک یُقدّم قسمة الإفراز علی قسمة التعدیل، و یُجبر علی الاولی مع الطلب دون الثانیة؛ لمنافاة الإجبار علیها حینئذٍ لسلطة الناس علی مالهم.

(۲) ۲- لما عرفت آنفاً من عـدم إیصال مال کلّ شـریک إلیه بعینه، بل إنّما تصل إلیه بهذه القسـمة قیمة ماله، فله أن لا یرضـی و یأبی

عن القسمة، إلّا عمّا يصل به إلى عين ماله.

نعم، لو لم تمكن قسمة الإفراز، اجبر الممتنع على قسمة التعديل، لو لم يتوجّه بها ضررٌ إليه.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۱۶۷

(مسألة ۵): لو اشترک اثنان فی دار ذات علو و سفل

(۱)، و أمكن قسمتها إفرازاً؛ بأن يصل إلى كلّ بمقدار حصّته منهما، و قسمتها على نحو يحصل لكلّ منهما حصّة من العلو و السفل بالتعديل، و قسمتها على نحو يحصل لأحدهما العلو و للآخر السفل، فإن طلب أحد الشريكين النحو الأوّل و لم يستلزم الضرر يجبر الآخر، و لا يجبر لو طلب أحد النحوين الآخرين. هذا مع إمكان الأوّل و عدم استلزام الضرر، و إلّا ففى النحوين الآخرين يقدّم الأوّل منهما، و يجبر الآخر لو امتنع، بخلاف الثانى. نعم لو انحصر الأمر فيه يجبر إذا لم يستلزم الضرر و لا الردّ، و إلّا لم يجبر كما مرّ. و ما ذكرناه جار فى أمثال المقام.

قسمة دار ذات علوّ و سفل

(۱) ۱- لا إشكال فى عدم جواز الإجبار على قسمة الردّ كما تقدم، بلا فرق بين إمكان النحوين الآخرين و بين عدمه، كما عرفت آنفاً أنّه مقتضى القاعدة.

و أمّا لو أمكن كلٌّ من قسمتى الإفراز و التعديل، فالتحقيق عدم جواز الإجبار على الإفراز مع إمكان التعديل فى خصوص المقام؛ نظراً إلى عدم تساوى أجزاء العلوّ و أجزاء السفل من الدار، بل و لا أجزاء كلّ واحد منهما، فيلزم الضرر و الحرج من قسمة الإفراز فى مثل المقام عادةً.

فالأقوى تعيّن قسمة التعديل فى مفروض المسألة و عدم جواز الإجبار على قسمة الإفراز حينئذٍ؛ نظراً إلى تفاوت الأجزاء كمّاً و كيفاً و إلى استلزام الضرر و الحرج من الإفراز عادة.

و أمّا لو أمكنت قسمة الإفراز من دون ضرر و لا حرج، لا إشكال فى جواز

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۱۶۸

(مسألة ۶): لو كانت دار ذات بيوت أو خان ذات حجر (۱) بين جماعة، و طلب بعض الشركاء القسمة، اجبر الباقون

، إلّا إذا استلزم الضرر من جهة ضيقهما و كثرة الشركاء.

إجبار الممتنع عليها و تقديمها على قسمة التعديل، كما أفاده السيد الماتن. كما أنّه لو تراضيا على الإفراز بأىّ نحو كان لا بأس به، إلّا أنّه ربما يخرج عن حقيقة القسمة و يكون أشبه بالتصالح.

و لا يخفى أنّ الصورة الاولى فى كلام السيد الماتن ما إذا أمكن قسمة كلّ من الطبقتين على نحو متساوية الأجزاء و القيمة. و إلى ذلك أشار بقوله: «بأن يصل إلى كلٍّ بمقدار حصّته منهما». و القسمة فى هذه الصورة قسمة إفراز.

و الصورة الثانية: ما إذا وصلت إلى كلّ منهما حصّة من طبقتى العالية و السافلة، لكن لا بتقسيم كلّ منهما قسمين متساوى الأجزاء و القيمة، بل بالتعادل القيمى بين مجموع الحصّتين من نصف كلّ واحد من الطبقتين.

و الصورة الثالثة: ما إذا أمكن قسمة التعديل باختصاص كلٍّ منهما بطبقة واحدة. و الثانية مقدّمة على الثالثة؛ لإيصال عين مال كل منهما إليه من كلتا الطبقتين بها، فهى أقرب إلى الإفراز من الثالثة، لكن الاولى مقدّمة عليهما؛ لأنّها قسمة إفراز.

قسمة دار ذات بيوت أو خان ذات حُجَر

(۱) ۱- مقتضى التحقيق: كما تقدّم آنفاً، أنّه لو أمكن قسمة الإفراز من دون ضرر و حرج، لا إشكال فى تقديمها على النحوين الآخرين، و إن كان الغالب لزومهما عادةً من الإفراز فى أمثال المقام. و إذا كانت قسمة الإفراز مستلزمة لضرر أو حرج،

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۱۶۹

(مسألة ۷): لو كان بينهما بستان مشتمل على نخيل و أشجار، فقسمته بأشجاره و نخيله بالتعديل قسمة إجبار

، بخلاف قسمة كلّ من الأرض و الأشجار على حدة، فإنّها قسمة تراض لا يجبر عليها الممتنع (۱).

لا إشكال فى جواز الإجبار على قسمة التعديل.

و ذلك بأن تُقسَّم بيوت الدار أو حُجَر الخان على سهام متساوية القيمة، لا متساوية الأجزاء.

و حاصل الكلام: أنّ المعيار فى جواز الإجبار على القسمة و عدمه، استلزامها الضرر و الحرج و عدمه.

قسمة بستان فيه نخيل و أشجار

(۱) ۱- و الوجه فى ذلك إمكان وقوع بعض الأشجار من حصّة كلّ شريكٍ فى قطعة أرضٍ من حصّة الآخر، فيما إذا قُسّم كلٌّ من أرض البستان و أشجاره على حدة؛ نظراً إلى عدم مطابقة الحصص المفرزة بالقرعة من الأرض و الأشجار بعضها مع بعض فتقع أشجار بعض الشركاء فى أرض الآخر. و تكون الأرض حينئذٍ لواحد منهم و أشجارها لآخر. و من هنا لا يجوز الإجبار على هذه القسمة.

و هذا بخلاف ما إذا جعلت الأشجار تابعةً للأرض فى القسمة؛ بأن تجعل قطعة من الأرض مع الأشجار الواقعة فيها سهماً لواحدٍ من الشركاء، و هكذا فى سائر الشركاء. و هذا النحو من القسمة لا يستلزم المحذور المزبور.

و هذا المحذور و إن يلزم فى قسمة الأرض و الزرع فى المسألة الآتية، إلّا أنّ الزرع لمّا لا يدوم أكثر من فصل واحد من السنة غالباً، يكون فى حكم المنقول،

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۱۷۰

(مسألة ۸): لو كانت بينهما أرض مزروعة، يجوز قسمة كلّ من الأرض و الزرع-

قصيلًا كان أو سنبلًا- على حدة، و تكون قسمة إجبار (۱).

كالمتاع فى البيت، كما جاء هذا التعبير فى كلمات الفقهاء. فمن هنا لا يعتنى فيه بهذا المحذور و يعامَل معه مستقلّاً عن الأرض. و من هنا يُقسّم القصيل مستقلّاً عن الأرض.

و بعبارة اخرى: إنّ كلّ واحد من الأموال المشتركة تارة: يلاحظ مستقلًا عن الآخر عرفاً، و اخرى: يُلحظ بعضها تابعاً للآخر؛ نظراً إلى بعض المحاذير و الأغراض التجارية و الاقتصادية. و الأرض و ما فيها من النخيل و الأشجار من قبيل الثانى؛ لما أشرنا إليه من المحذور و نحوه. و أمّا زرع الأرض فمن قبيل الأوّل؛ لعدم اعتناء أهل العرف بالمحذور المذكور فى قسمته؛ لقصر عمره و أمده، و لبعض الأغراض المالية و التجارية الحاصلة فى المدّة القصيرة.

و من هنا لا يجوز الإجبار على قسمة كلّ واحد من الأرض و ما فيها من النخيل و الأشجار على حدة، و أمّا اختلاف جنس الأشجار و تفاوت قيمتها، فلا يضرّ بصحّة القسمة؛ إذ المفروض حصول تعديل السهام بحسب القيمة، بل هى قسمة تراض، و هذا بخلاف قسمة كلّ واحد من الأرض و ما فيها من الزرع و القصيل.

قسمة الأرض المزروعة

(۱) ۱- قال فی الشرائع: «لو کان بینهما أرض و زرع، فطلب قسمة الأرض حسب، أجبر الممتنع، لأنّ الزرع کالمتاع فی الدار. و لو طلب قسمة الزرع، قال الشیخ: لم یجبر الآخر، لأنّ تعدیل ذلک بالسهام غیر ممکن. و فیه إشکال من حیث

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۱۷۱

و أمّا قسمتهما معاً فهی قسمة تراضٍ؛ لا یجبر الممتنع علیها (۱)،

إمکان التعدیل بالتقویم إذا لم یکن فیه جهالة» «۱».

و قال فی المسالک فی شرحه: «إذا کان بینهما أرض مزروعة فأراد قسمة الأرض وحدها، فلا إشکال فی وجوب إجابة الآخر، لأنّ الأرض ممّا یقسّم قسمة إجبار، و الزرع فیها غیر مانع من ذلک، لأنّه فی حکم المنقول. و إن أراد قسمة الزرع فمقتضی الاصول الشرعیة کون الحکم کذلک؛ حیث یمکن تعدیله، بأن لا یکون بذراً مستوراً، سواء کان سنبلًا أم حشیشاً أم قصیلًا، و الشیخ رحمه الله أطلق المنع من قسمته قسمة إجبار، محتجّاً بأن تعدیله غیر ممکن. و لا یخفی منعه؛ إذ لا مانع منه، سواء أ کان سنبلًا أم لا» «۲».

و قد سبق آنفاً بیان وجه جواز قسمة کلّ من الأرض و الزرع علی حدة، و الفرق بینها و بین قسمة کلٍّ من أرض البستان و أشجاره و نخیله علی حدة.

(۱) ۱- سبق بیان الوجه فیه آنفاً. فإنّ قسمة کلٍّ من الأرض و ما فیها من الزرع- قصیلًا کان أو سنبلًا- علی حدة، لمّا کانت غیر مستلزمة لمحذور تداخل الأملاک الموجب للضّیق و الحرج فی الانتفاع من الملک، و تختلف الأغراض فی الانتفاع من رقبة الأرض و من الزرع، تکون قسمة إجبار، بخلاف قسمتهما معاً. فإنّها و إن تستلزم محذور تداخل الأملاک، لکنّها مخالفة للغرض المتعارف فی الانتفاع من الزرع مستقلّاً عن الأرض. بخلاف قسمتهما معاً؛ نظراً إلی اختلاف الأغراض فی الانتفاع من رقبة الأرض و من الزرع. و من هنا قد یستلزم الإجبار علی قسمتهما

---

(۱)- شرائع الإسلام ۴: ۹۵.

(۲)- مسالک الأفهام ۱۴: ۵۲- ۵۳.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۱۷۲

إلّا إذا انحصرت القسمة الخالیة عن الضرر فیها فیجبر علیها. هذا إذا کان قصیلًا أو سنبلًا، و أمّا إذا کان حبّاً مدفوناً، أو مخضرّاً فی الجملة و لم یکمل نباته، فلا إشکال فی قسمة الأرض وحدها و بقاء الزرع علی إشاعته (۱)، و الأحوط إفراز الزرع بالمصالحة. و أمّا قسمة الأرض بزرعها- بحیث یجعل من توابعها- فمحلّ إشکال.

معاً الضرر، إلّا إذا انحصرت القسمة الخالیة عن الضرر فی ذلک.

هذا غایة ما یمکن أن یقال فی توجیه کلام السید الماتن. و لکنّ الإنصاف أنّه لا یستلزم قسمتهما معاً ضرراً عادةً، فلا یبعد جواز الإجبار علی هذه الکیفیة من القسمة، بل نسب فی المسالک جواز الإجبار علی قسمتهما معاً إلی الإمامیة؛ حیث قال: «و لو أرادا قسمتهما معاً، فالحکم کما لو أراد قسمة أحدهما عندنا» «۱».

(۱) ۱- و الوجه فی ذلک عدم الأمن من لزوم الغرر و الضرر فی قسمتهما معاً؛ نظراً إلی الجهل بأصل حصول الثمرة لاحتمال فساد الحبّات المدفونة تحت الأرض بالآفات و سائر الموانع الطبیعیة، و لیست حال دفنها قابلة للانتفاع و التقسیم، و أمّا المصالحة فلا بأس بها علی أیّ حالٍ، کما أنّ قسمة التعدیل بحسب القیمة یجوز الإجبار علیها فی أمثال المقام؛ لعدم تصوّر ضرر فیها و لما فی قسمة

الإفراز من المحذور؛ هذا.

و لكن لما كان احتمال فساد الحبّات المدفونة و عدم حصول الزرع و الثمرة ثابتاً فى حقّ الشريكين، و لا يختصّ بسهم أحدهما، فمن هنا لا مانع من تقسيمها كذلك فى سيرة العقلاء. و من هنا لا إشكال فى جواز قسمة الأرض بزرعها فيما إذا

---

(١)- نفس المصدر: ٥٣.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ١٧٣

(مسألة ٩): لو كانت بينهم دكاكين متعدّدة- متجاورة أو منفصلة

- فإن أمكن قسمة كلّ منها بانفراده و طلبها بعض الشركاء، و طلب بعضهم قسمة تعديل لكى تتعيّن حصّة كلّ منهم فى دكّان تامّ أو أزيد، يقدّم ما طلبه الأوّل و يجبر عليها الآخر (١)، إلّا إذا انحصرت القسمة الخالية عن الضرر بالنحو الثانى، فيجبر الأوّل.

كان الزرع حباً مدفوناً أو مخضرّاً فى الجملة. فاتّضح بذلك أنّ إشكال السيد الماتن فى ذيل المسألة محلّ تأمّل. بل و كذلك قسمة الأرض مع زرعها، كما سبق آنفاً.

و أمّا النقصان و الضرر الحاصلان من استهلاك قوّة الأرض- الواقع فيها سهم الغير من الزرع- فلا يُعتنى به، بل هو معفوٌّ فى نظر الشارع بعد إخراج سهم المحقّ بالقرعة. فلو لم يكن معفوّاً و كان غصباً لحقّ الغير، لم يُخبر الشارع بأنّ المُخرَج بالقرعة سهم المحقّ. هذا مضافاً إلى عدم اختصاص الاستهلاك المزبور بواحد، بل هو متحقّق فى حقّ جميع الشركاء مع اختلاف قليل، كيف و إنّهم رضوا بذلك برضاهم بتعيين الحصص بالقرعة، بل و لو لم يرضوا بها، فإنّها حكم الشارع.

قسمة دكّاكين متعدّدة

(١) ١- و الوجه فى تقديم ما طلبه الأوّل، أنّ مطلوبه من قبيل قسمة الإفراز، و مطلوب الثانى من قبيل قسمة التعديل. و لا يجوز الإجبار على قسمة التعديل مع إمكان قسمة الإفراز، بل إنّما يجبر حينئذٍ على قسمة الإفراز، إلّا إذا استلزمت ضرراً لسائر الشركاء، فلا يجوز إجبارهم عليها، بل لا بدّ حينئذٍ من

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ١٧٤

(مسألة ١٠): لو كان بينهما حمّام و شبهه- ممّا لا يقبل القسمة الخالية عن الضرر- لم يجبر الممتنع

(١). نعم لو كان كبيراً؛ بحيث يقبل الانتفاع بصفة الحمّامية من دون ضرر- و لو بإحداث مستوقد أو بئر اخرى- فالأقرب الإجبار.

التراضى. كما أنّه لو انحصرت القسمة الخالية عن الضرر فى كيفية خاصّة و طلبها أحدهما يجبر سائر الشركاء عليها، بلا فرق بين كون مطلوبه قسمة إفراز أو قسمة تعديل.

لا إجبار على ما لا تخلو قسمته عن ضرر

(١) ١- و ذلك لما اتّضح بما أسلفناه، من عدم جواز الإجبار على القسمة المستلزمة للضرر. و أمّا إحداث المستوقد و نحوه مع الأمن من الضرر، فإنّما يجوز إذا لم يستلزم حرجاً أيضاً. فلا يكفى مجرّد الأمن من الضرر.

و حاصل الكلام: أنّه لا خلاف بين الأصحاب فى عدم جواز إجبار أحد الشركاء على القسمة المستلزمة للضرر، أىّ قسم منها كان، كما قال فى المسالك «١» و الحدائق «٢» و الجواهر «٣».

و لكن قال فى الشرائع: «أنّه لا يجوز قسمة كلّ ما فى قسمته ضرر، و لو اتّفق الشركاء على القسمة».

(۱)- مسالك الأفهام ۴: ۳۲۱.

(۲)- الحدائق الناضرة ۲۱: ۱۷۱.

(۳)- جواهر الكلام ۲۶: ۳۱۳.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۱۷۵

...

و قد أشكل عليه فى المسالك بقوله: «و حكمه هنا بعدم جواز قسمة ما يشتمل على ضرر و إن اتّفقا على القسمة، غير معروف، و إنّما المعهود الذى ذكره هو فى بابه و غيره، أنّ القسمة المشتملة على ضررٍ لا يُجبر الممتنع عليها، لكنّها تصحّ بالتراضى، خصوصاً مع تفسيره الضرر بنقصان القيمة، فإنّ مجرّد ذلك لا يبلغ حدّ المنع. نعم، لو فسّر بعدم الانتفاع أمكن من حيث استلزامها تضييع المال بغير عوض؛ لأنّه إذا لم ينتفع بالأجزاء، لا فائدة فى القسمة، بل هو محض الإتلاف» «۱».

و أشكل فى الجواهر على المحقّق، أوّلًا: بأنّ ما قال به منافٍ لقاعدة تسلّط الناس على أموالهم.

و ثانياً: بأنّه قد يتعلّق الغرض الصحيح بالغرض المستلزم للضرر، و يرتفع بذلك السفه الذى هو ملاك المنع عند العقلاء.

و ثالثاً: بأنّ المحقّق فسّر الضرر المانع فى كتاب القضاء بنقصان القيمة، لا خروج المال عن حيّز الانتفاع. و عليه فلا يلزم سفه و لا إتلاف من القسمة المتضمّنة للضرر بهذا المعنى، فلا دليل على منع المالك عن التصرّف فى ماله.

و رابعاً: بأنّ الفقهاء صرّحوا بجواز القسمة المتضمّنة للضرر و جواز إجبار الممتنع عليها، إذا كان الضرر على طالبها دون غيره من الشركاء، كما فى الدروس. و فى مفروض الكلام يرد الضرر على جميع الشركاء أنفسهم، فلا بدّ أن يكون جائزاً.

و خامساً: بأنّ غاية ما يلزم من عدم الجواز الاثم، و هو لا ينافى صحّة

(۱)- مسالك الأفهام ۴: ۳۲۱.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۱۷۶

(مسألة ۱۱): لو كان لأحد الشريكين عشر من دار - مثلًا - و هو لا يصلح للسكنى

، و يتضرّر هو بالقسمة دون الشريك الآخر، فلو طلب القسمة لغرض يجبر شريكه، و لم يجبر هو لو طلبها الآخر (۱).

الشركة وضعاً «۱».

و هذه المناقشات أكثرها واردة على المحقّق. و مقتضى التحقيق صحّة القسمة الضررية مع تراضى الشركاء و اتّفاقهم عليها، ما دام لم تكن سفهية و إتلافاً محضاً.

(۱) ۱- لما سبق من عدم جواز الإجبار على القسمة المستلزمة للضرر، دون غير المستلزمة منها. و كذلك الكلام فى المستلزمة منها للحرج. و لمّا كان السكنى فى عشر الدار مستلزماً للضرر و الحرج، لا يجوز إجبار صاحب العشر، على قسمة الدار.

(۱)- قال فى الجواهر فى الإشكال على المحقّق ما لفظه: «و فيه أنّه مناف لقاعدة تسلط الناس على أموالهم، و السفه قد يرتفع بالغرض

الصحیح. علی أنّه هو فی کتاب القضاء فسّر الضرر المانع من القسمة بنقص القیمة، لا خروج المال عن الانتفاع، و لا ریب فی عدم منع المالک من التصرّف فیه و إن استلزم نقصاً فاحشاً فی المال. و أیضاً فالإثم بذلک لا ینافی صحّة القسمة شرعاً. کلّ ذلک مع أنّه منافٍ لما قیل: من وجوب الإجابة فیما لو فرض ضرر القسمة علی أحدهما خاصّة، و کان الطالب لها المتضرّر. قال فی الدروس: و لو تضرّر أحد الشریکین دون الآخر أجبر غیر المتضرّر بطلب الآخر دون العکس. لکن قال: و فی المبسوط لا یجبر أحدهما ممّا یتضرّر الطالب، و هذا حسن إن فسّر التضرّر بعدم الانتفاء، و إن فسّر بنقص القیمة فالأوّل أحسن و کأنّه لحظ إمکان فرض الغرض الواقع للسفه علی تقدیر التفسیر بالنقص بخلافه علی الآخر» جواهر الکلام ۲۶: ۳۱۳- ۳۱۴.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۱۷۷

(مسألة ۱۲): یکفی فی الضرر المانع عن الإجبار (۱)، حدوثُ نقصان فی العین أو القیمة بسبب القسمة-

بما لا یتسامح فیه فی العادة- و إن لم یسقط المال عن قابلیة الانتفاع بالمرّة.

المراد من الضرر المانع من الإجبار

(۱) ۱- یمکن إعطاءُ الضابطة فی المقام بأنّ المعیار فی الضرر المانع عن الإجبار ما یراه العرف ضرراً. فإنّ الضرر من العناوین العرفیة المحضة، و لا مداخلة للشرع فی تحدید موضوعه. و کلّ نقصان فی العین أو القیمة ممّا لا یتسامح فیه عرفاً یُعدّ ضرراً عند أهل العرف لم یتسامحوا فیه؛ حیث إنّه لا یُعدّ النقصان المتسامح فیه ضرراً عندهم. و لا یعتبر فی صدق الضرر عندهم سقوط المال عن قابلیة الانتفاع بالمرّة، بل یکفی نقصان قابلیتها للانتفاع، بأن لا یمکن أن یُنتفع به علی نحو یتوقّع منه عادةً. و ذلک یوجب عادة نقصان القیمة.

و لقد أجاد فی المسالک فی إعطاء الضابطة فی ذلک؛ حیث قال: «لا خلاف فی إجبار الممتنع علی قسمة ما لا ضرر فیه فی الجملة، و لکن اختلفوا فی معنی الضرر المانع من الإجبار- و منه یعرف قسیمه- علی أقوالٍ:

أحدها: نقصان القیمة نقصاناً لا یتسامح فیه عادةً؛ لأنّ فوات المالیة مناط الضرر فی الأموال، و لقوله صلی الله علیه و آله

: «لا ضرر و لا ضرار»

، و هو عامّ.

و ثانیها: عدم الانتفاع بالنصیب منفرداً، لتضمّنه الضرر و الحرج و إضاعة المال المنفی و المنهی عنه.

و ثالثها: عدم الانتفاع به منفرداً فیما کان ینتفع به مع الشرکة، مثل أن یکون

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۱۷۸

(مسألة ۱۳): لا بدّ فی القسمة من تعدیل السهام ثمّ القرعة

اشارة

(۱).

بینهما دارٌ صغیرة إذا قسّمت أصاب کلّ واحدٍ منهما موضعٌ ضیّق لا ینتفع به فی السکنی کالأوّل و إن أمکن الانتفاع به فی غیر ذلک. و هذا أعمّ من الثانی بحسب الحمل، و الثانی أعمّ بحسب الاستغراق و الأقوی اعتبار الأوّل» «۱».

و لا يخفى أنّ فى الجواهر «۲» جَعَل القسم الثانى عدم الانتفاع بالمال أصلًا، و الفرق بينه و بين ما قال فى المسالك فى القسم الثانى واضح.

ثمّ قال فى الجواهر- بعد نقل التفاسير الثلاثة المزبورة للضرر المانع- ما لفظه: «و لا يخفى عليك ما فى الثانى و الثالث؛ ضرورة اقتضاء قاعدة نفى الضرر و الضرار الأعمّ من أوّلهما، و قاعدة وجوب إيصال الحقّ إلى مستحقّه الطالب له ما ينافى ثانيهما، فتعيّن حينئذٍ تفسيره بالأوّل» «۳».

و قد عرفت من كلام هذين الفحلين تعيُّن المعنى المراد من الضرر المانع فى التفسير الأوّل من التفاسير الثلاثة المزبورة. و هذا يلائم ما ذكرناه من الضابطة فى تعيين الضرر المانع عن الإجبار على القسمة؛ نظراً إلى الملازمة بين نقصان قابلية المال للانتفاع المتوقّع منه و بين نقصان قيمته.

حكم القرعة بعد تعديل السهام

(۱) ۱- أمّا وجوب تعديل السهام فقد عرفت وجهه فى المسألة الاولى، و لا نعيد.

أمّا وجوب القرعة بعد تعديل السهام، فقد استظهره فى الجواهر من ظاهر

---

(۱)- مسالك الأفهام ۴: ۳۱۹.

(۲)- جواهر الكلام ۲۶: ۳۱۵.

(۳)- نفس المصدر.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۱۷۹

...

كلمات كثير من الأصحاب بل جميعهم، عدا المحقّق الأردبيلى و المحدّث البحرانى.

استدلال الأردبيلى لعدم اعتبار القرعة

و قد استدلّ المحقّق الأردبيلى «۱» لعدم اعتبارها بعد تعديل السهام و حصول التراضى:

أوّلًا: بعموم تسلّط الناس على أموالهم.

و ثانياً: بأنّه من التجارة عن تراضٍ.

و ثالثاً: بأنّه من أكل مال الغير بطيب نفسه.

و رابعاً: بفحوى صحيح

ابن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام أنّه قال: فى رجلين كان لكلّ واحد منهما طعام عند صاحبه، و لا يدرى كلّ واحد منهما كم له عند صاحبه.

فقال كلّ واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك، و لى ما عندى. فقال عليه السلام: «لا بأس بذلك إذا تراضيا و طابت أنفسهما» «۲».

و خامساً: بعمل المسلمين مع المقسوم معاملة الملك، و اكتفائهم بالرضا فى جواز التصرّف، من غير توقّف على الملك.

و لا يخفى أنّ كلامه متين و لا إشكال فى الوجوه التى استدلّ بها لعدم اعتبار القرعة عند تراضى الشركاء على القسمة و على تعيين السهام بعد تعديلها، إلّا الوجه الثانى، فإنّه لا يخلو من مناقشة؛ لعدم صدق عنوان التجارة على القسمة عرفاً فإنّه بعيد عن ارتكاز أذهان أهل العرف، كما أنّها ليست ببيع و لا معاوضة، كما سبق فى أوائل بحث القسمة.

(۱)- مجمع الفائدة و البرهان ۱۰: ۲۱۵- ۲۱۶.

(۲)- وسائل الشیعة ۱۸: ۴۴۵، کتاب الصلح، الباب ۵، الحدیث ۱.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۱۸۰

...

و أمّا صحیح ابن مسلم و إن لیس فی مورد قسمة المال المشترک، إلّا أنّ تعلیق الإمام علیه السلام الجواز علی التراضی و طیب النفس فی ذیله، یشمل التراضی علی تعیین السهام بعد تعدیلها فی القسمة، بل و لو لم یحصل العلم بالتعدیل.

کلام المحدّث البحرانی

و قال المحدّث البحرانی بعد بحث فی ذلک: «و بالجملة فإنّی لم أقف فی الأخبار علی ما ذکروه من القرعة- إلی أن قال-: و القرعة قد وردت بها الأخبار فی جملة من الموارد، و لم یُذکر فیها هذا الموضع الذی ذکروه هنا. و غایة ما یدلّ علیه عمومات بعض أخبارها التوقّف علیها فی موضع النزاع، مثل قول الصادق علیه السلام فیما رواه الصدوق:

«و ما تقارع قوم ففوّضوا أمرهم إلی اللّه تعالی، إلّا خرج سهم المحقّ».

و أمّا مع التراضی فلا أثر فی الأخبار لاعتبارها و التوقّف علیها، و کأنّه بسبب التراضی یکون من قبیل الصلح فی هذه المعاوضة، کما ورد فی صحیحة

محمّد بن مسلم عن أحدهما علیهما السلام أنّه قال: فی رجلین کان لکلّ واحد منهما طعام عند صاحبه، و لا یدری کلّ واحد منهما کم له عند صاحبه، فقال کلّ واحد منهما لصاحبه: لک ما عندک و لی ما عندی، فقال علیه السلام: «لا بأس بذلک إذا تراضیا، و طابت أنفسهما».

نعم، لو لم یحصل التراضی بعد تعدیل القسمة أمکن القول بالقرعة، لهذا الخبر و نحوه، و بالجملة فإنّ القسمة و ما ذکر فیها من الأحکام غیر موجود فی کلام متقدّمی علمائنا الأعلام و لا أخبار أهل الذکر علیهم السلام.

و الذی یغلب علی الظنّ القاصر أنّ الشیخ و من تبعه من الأصحاب قد تبعوا فی هذه المقامات العامّة؛ حیث أطالوا البحث عن ذلک فی کتبهم بهذه الفروع التی ذکرها الأصحاب اختلافاً و اتّفاقاً. و لا یخفی علی الخائض فی الفنّ و الناظر فی کتب

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۱۸۱

...

المتقدمین المقصورة علی الأخبار، و أنّه لم یقع التفریع فی الأحکام و کثرة الفروع فی المسألة الواحدة سیّما فی هذا الباب، إلّا من الشیخ و تبعه من تأخر عنه، و کلّها من کتب العامّة» «۱».

و یتحصّل کلامه فی امور:

۱- عدم الوقوف علی خبر یدلّ علی اعتبار القرعة فی القسمة، و الأخبار الدالّة علی مشروعیة القرعة إنّما وردت فی موارد اخری غیر القسمة.

۲- إذا لم یحصل تراضی الشرکاء و وقع النزاع بینهم فی تعیین الحصص، تشمله عمومات الدالّة علی مشروعیة القرعة فی التنازع فی الحقوق و کلّ أمر مشکل، فلا بدّ من القرعة حینئذٍ. و أمّا إذا حصل التراضی فیکون القسمة من قبیل الصلح.

۳- ما ذکره الشیخ الطوسی و من حذا حذوه فی تعیین السهام بالقرعة، حتّی مع تراضی الشرکاء بدونها و التفریع علی ذلک بتفریعات کثیرة و ذکر الجزئیات، إنّما تأثّروا و تبعوا أبناءَ العامّة فی ذلک.

و قد حمل علیه صاحب الجواهر بقوله: «إنّه أساءَ الأدب و نسبهم فی ذلک إلی متابعة العامّة» «۲».

جواب صاحب الجواهر عن صاحب الحدائق و نقده

و أجاب فی الجواهر «۳» أوّلًا: بأنّ سیرة الأصحاب و المتشرعة قد جرت فی القسمة قدیماً علی تعیین السهام بالقرعة بعد تعدیلها. و هی تعطی لنصوص القسمة

---

(۱)- الحدائق الناضرة ۲۱: ۱۷۵- ۱۷۶.

(۲)- جواهر الکلام ۴۰: ۳۳۰.

(۳)- نفس المصدر ۲۶: ۳۱۱.

...

ظهوراً فی ذلک، بحیث لا یصدق عنوانها بدون القرعة.

و ثانیاً: بأنّ تعریف القسمة بأنّها تمییز حصص الشرکاء و تفکیک حقوقهم بعضها عن بعض، یقتضی کون حصّة کلّ شریک کلّیةً دائرةً بین مصادیق متعدّدة، و لا مناص حینئذٍ فی تشخیص حصّة کلّ شریک و تعیینها من القرعة؛ لأنّها متردّدة و مشتبهة یشکل تعیینها، و القرعة لکلّ أمر مشکل، فلیست القرعة ناقلة، بل إنّما تُخرج الحصّة عن الاشتباه و تُعیّنها. و بذلک یتّجه اعتبار القرعة بعد تعدیل السهام.

و فیه أوّلًا: أنّ دعوی السیرة المتّصلة بزمان الشارع، لا دلیل علیها بعد دعوی صاحب الحدائق خلوّ کلمات القدماء فی المقام عن القرعة فی القسمة و تبعیة الشیخ العامّة فی ذلک.

و ثانیاً: أنّه بعد تراضی الشرکاء علی تعیین الحصص بینهم بعد تعدیلها، لا مشکلة فی البین. و إنّما المشکل فیما إذا لم یتراضوا بذلک. فلا یبعد القول باختصاص القرعة بهذه الصورة و اعتبارها حینئذٍ، کما قال فی الحدائق «۱». و جمیع أدلّة القرعة إنّما هی ناظرة إلی هذه الصورة.

فإذا اقرع بین الشرکاء عند اختلافهم و تعیّنت السهام بعد تعدیلها بالقرعة، اجبر الشرکاءُ علی ما اخرج لهم من السهم بالقرعة.

اعتراف صاحب الجواهر بما اختاره فی الحدائق

و قد اعترف فی الجواهر بما اختاره فی الحدائق، و استشهد له بکلام المحقّق صاحب الشرائع، و ادّعی صراحته فی مشروعیة القسمة بدون القرعة حینئذٍ ذلک.

---

(۱)- الحدائق الناضرة ۲۱: ۱۷۶.

...

قال فى الشرائع: «أمّا لو أراد أحد الشركاء التخيير، فالقسمة جائزة، لكن لا يجبر الممتنع عنها».

و قال فى الجواهر فى ذيله: «ضرورة صراحة ذلك فى مشروعية القسمة بدونها، و أنّ الفرق بينها و بين الاولى جبر الممتنع عنها دونها. و أصرح منه ما فى اللمعة فى القسمة فى القضاء: و إذا عدلت السهام و اتّفقا على اختصاص كلّ واحد بسهم، لزم، و إلّا اقرع. و فى الروضة فى شرحها: لزم من غير قرعة؛ لصدق القسمة مع التراضى الموجبة لتميّز الحقّ. و لا فرق بين قسمة الردّ و غيرها. و إلّا يتّفقا على الاختصاص اقرع. و هو صريح فى عدم اعتبارها فى أصل القسمة، إلّا حال عدم التراضى. و المحدّث البحرانى قد صرّح باعتبار القرعة حينئذٍ و عدمها مع التراضى، و هو عين ما سمعته منهم فما أدرى أين محلّ إنكاره» «۱».

أقول: محلّ إنكاره اعتبار القرعة مع تراضى الشركاء على تعيين الحصص بعد تعديل السهام بدون القرعة، كما يظهر من السيد الماتن هاهنا. و الحقّ فى المقام مع صاحب الحدائق و قد وافقه الأصحاب، بل لا يخالفه صاحب الجواهر نفسه، كما عرفت من كلامه هاهنا مستشهداً بكلام الشهيد. بل قد عرفت أنّ كلام المحقّق الأردبيلى أيضاً راجع إلى ذلك، فكلامه أيضاً- كصاحب الحدائق- موافق لرأى الأصحاب.

الاستشهاد ببعض النصوص لعدم اعتبار القرعة

و قد يستشهد لإثبات عدم اعتبار القرعة و مشروعية القسمة عند التراضى، بما ورد فى نصوص قسمة الدين المشترك.

(۱)- جواهر الكلام ۲۶: ۳۱۳.

...

مثل صحيح

غياث بن إبراهيم عن أبيه عن آبائه عن على عليه السلام: فى رجلين بينهما مال منه بأيديهما، و منه غائب عنهما، فاقتسما الذى بأيديهما، و احتال كلّ واحد منهما بنصيبه، فقبض أحدهما و لم يقبض الآخر، فقال: «ما قبض أحدهما فهو بينهما، و ما ذهب فهو بينهما» «۱».

و صحيح

عبد اللّه بن سنان عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: سألته عن رجلين بينهما مال منه دين، و منه عين، فاقتسما العين و الدين، فتوى الذى كان لأحدهما من الدين أو بعضه، و خرج الذى للآخر أ يردّ على صاحبه؟ قال: «نعم، ما يذهب بماله» «۲».

و صحيح

سليمان بن خالد، قال: سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن رجلين كان لهما مال بأيديهما و منه متفرّق عنهما فاقتسما بالسويّة، ما كان فى أيديهما، و ما كان غائباً عنهما، فهلك نصيب أحدهما ممّا كان غائباً و استوفى الآخر، عليه أن يردّ على صاحبه؟ قال: «نعم، ما يذهب بماله» «۳».

و صحيح

على بن جعفر فى كتابه عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام قال: سألته عن رجلين اشتركا فى السلم أ يصلح لهما أن يقتسما قبل

أن یقبضا؟ قال: «لا بأس به» «۴».

بتقریب أنّ إطلاق هذه النصوص ینفی اعتبار القرعة فی صحّة القسمة، بعد تعدیل السهام، کما یشیر إلیه قوله: «فاقتسما بالسویّة» و بعد التراضی کما یظهر من

---

(۱)- وسائل الشیعة ۱۸: ۴۳۵، کتاب الضمان، الباب ۱۳، الحدیث ۱.

(۲)- وسائل الشیعة ۱۹: ۱۳، کتاب الشرکة، الباب ۶، الحدیث ۲.

(۳)- وسائل الشیعة ۱۸: ۳۷۰، کتاب التجارة، أبواب الدین و القرض، الباب ۲۹، الحدیث ۱.

(۴)- وسائل الشیعة ۱۸: ۳۷۱، کتاب التجارة، أبواب الدین و القرض، الباب ۲۹، الحدیث ۲.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۱۸۵

...

إسناد القسمة إلیهما فی قوله: «فاقتسما»، کما ینفی اعتبار وجود قاسم من جانب الإمام علیه السلام أو نائبه.

و فی الحدائق فی بیان مفاد هذه الأخبار بعد ذکرها، قال: «و المتبادر من هذه الروایات أنّ الاقتسام إنّما وقع من الشرکاء بمجرّد تمیّز سهام کلّ واحد من ذلک المال المشترک الموجود بأیدیهم، مثلاً کان ذلک المال أو قیمیاً بعد تعدیله کما تقدّم، من غیر توقّف علی قاسم من جهة الإمام علیه السلام، و لا قرعة فی البین؛ بأن رضی کلٌ منهم بعد تساوی السهام بنقل حصّته، ممّا فی ید شریکه بحصّة شریکه ممّا فی یده، و کذلک قسمة ما فی الذمم ممّا لم یکن فی أیدیهما، إلّا أنّه علیه السلام أبطل قسمة الغائب» «۱».

و لا غبار علی دلالة هذه النصوص بإطلاقها علی عدم اعتبار القرعة فی قسمة ما قُبض من الدین المشترک عند التراضی و إلّا أنّها دلّت علی بطلان قسمة الدین المشترک، کما عقد لها فی الوسائل «۲» بهذا العنوان و استظهره المشهور من هذه النصوص. فلا دلالة لها علی صحّة أصل قسمة الدین، فضلًا عن دلالتها علی عدم اعتبار القرعة فی قسمتها.

و أمّا عمومات القرعة المستدلّ بها لاعتبار القرعة فی صحّة القرعة و لزومها عند الاختلاف:

فمنها: حسنة

محمّد بن الحکیم قال: سألت أبا الحسن علیه السلام عن شیءٍ، فقال علیه السلام لی: «کلُّ مجهول ففیه القرعة»، قلت له: إنّ القرعة تخطئُ و تصیب.

---

(۱)- الحدائق الناضرة ۲۱: ۱۷۴- ۱۷۵.

(۲)- وسائل الشیعة ۱۹: ۱۲، کتاب الشرکة، الباب ۶.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۱۸۶

...

قال علیه السلام: «کلُّ ما حکم اللّه به فلیس بمُخطئٍ» «۱».

و منها: قول أبی عبد اللّه علیه السلام:

«و القرعة سنّة»

فی صحیح إبراهیم بن عمر و سیّابة «۲».

و منها:

ما ورد فی صحیح جمیل عن زرارة فی حدیث قال: إنّما جاء الحدیث بأنّه «لیس من قوم فوّضوا أمرهم إلی اللّه ثمّ اقترعوا إلّا خرج سهم المحقّ» «۳».

و منها: صحیح

أبی بصیر عن أبی جعفر علیه السلام: «لیس من قوم تقارعوا ثمّ فوّضوا أمرهم إلی اللّه، إلّا خرج سهم المحقّ» «۴».

و منها: ما رواه ابن أبی جمهور الأحسائی فی عوالی اللئالی بقوله: و روی فی الصحیح عن النبی صلی الله علیه و آله، قال: «فی کلّ أمر مشکل القرعة» «۵».

و قال فی موضع آخر:

و نقل عن أهل البیت علیهم السلام: «کلّ أمر مشکل فیه القرعة» «۶».

هذه النصوص تشمل بعمومها و إطلاقها کلّ مورد اشتبه الحقوق، و اشکل إخراج سهم المحقّ و لم یمکن تعیینه بتنصیف أو تراضٍ علی تعدیل السهام أو

---

(۱)- من لا یحضره الفقیه ۳: ۹۲، الحدیث ۳۳۸۹؛ وسائل الشیعة ۲۷: ۲۶۰، کتاب القضاء، أبواب کیفیة الحکم، الباب ۱۳، الحدیث ۱۱ و ۱۸.

(۲)- وسائل الشیعة ۲۷: ۲۵۷، کتاب القضاء، أبواب کیفیة الحکم، الباب ۱۳، الحدیث ۲.

(۳)- وسائل الشیعة ۲۷: ۲۵۷، کتاب القضاء، أبواب کیفیة الحکم، الباب ۱۳، الحدیث ۴.

(۴)- وسائل الشیعة ۲۷: ۲۵۸، کتاب القضاء، أبواب کیفیة الحکم، الباب ۱۳، الحدیث ۵ و ۶.

(۵)- عوالی اللئالی ۲: ۲۸۵، الحدیث ۲۵.

(۶)- عوالی اللئالی ۲: ۱۱۲، الحدیث ۳۰۸.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۱۸۷

أمّا کیفیة التعدیل (۱): فإن کانت حصص الشرکاء متساویة- کما إذا کانوا اثنین و لکلّ منهما النصف، أو ثلاثة و لکلّ منهم الثلث و هکذا- یعدّل السهام بعدد الرءوس، و یعلّم کلّ سهم بعلامة تمیّزه عن غیره. فإذا کانت قطعة أرض متساویة الأجزاء بین ثلاثة- مثلًا- تجعل ثلاث قطع متساویة مساحة، و یمیّز بینها بممیّز کالأُولی لإحداها، و الثانیة للُاخری، و الثالثة للثالثة.

و إذا کانت دار مشتملة علی بیوت بین أربعة- مثلًا- تجعل أربعة أجزاء متساویة بحسب القیمة إن لم یمکن قسمة إفراز إلّا بالضرر، و تمیّز کلّ منها بممیّز کالقطعة الشرقیة و الغربیة و الشمالیة و الجنوبیة المحدودات بحدود کذائیة. و إن کانت الحصص متفاوتة- کما إذا کان المال بین ثلاثة: سدس لعمرو، و ثلث لزید، و نصف لبکر- تجعل السهام علی أقلّ الحصص، ففی المثال تجعل السهام ستّة معلّمة کلّ منها بعلامة، کما مرّ.

مصالحة و نحو ذلک. و تدلّ علی مشروعیة القرعة فی هذه الموارد. و ذلک لصدق المشکل و تحقّق موضوع القرعة بذلک.

کیفیة تعدیل السهام و القرعة

(۱) ۱- لم ترد کیفیة التعدیل و القرعة فی نصّ خاصّ. و إنّما ذکرها الفقهاء، کما ذکرها فی الجواهر «۱». و المعیار مراعاة أحکام القسمة من تعدیل السهام و تعیینها بالقرعة و تفویض الأمر إلی اللّه و إخراج کلّ سهم، من غیر اطلاع و علم بأنّه لأیّ شخص من

الشرکاء قبل إخراجه.

---

(۱)- جواهر الکلام ۴۰: ۳۴۴- ۳۴۷.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۱۸۸

و أمّا کیفیة القرعة: ففی الأوّل- و هو ما کانت الحصص متساویة- تؤخذ رقاع بعدد رءوس الشرکاء؛ رقعتان إذا کانوا اثنین، و ثلاث إذا کانوا ثلاثة و هکذا، و یتخیّر بین أن یکتب علیها أسماء الشرکاء- علی إحداها زید، و اخری عمرو مثلًا- أو أسماء السهام: علی إحداها أوّل، و علی الاخری ثانی و هکذا، ثمّ تشوّش و تستر، و یؤمر من لم یشاهدها فیخرج واحدة واحدة. فإن کتب علیها اسم الشرکاء یعیّن سهم کالأوّل، و تخرج رقعة باسم هذا السهم قاصدین أن یکون لکلّ من خرج اسمه، فکلّ من خرج اسمه یکون له، ثمّ یعیّن السهم الآخر و تخرج رقعة اخری لذلک السهم، فمن خرج اسمه فهو له و هکذا.

و إن کتب علیها اسم السهام یعیّن أحد الشرکاء و تخرج رقعة، فکلّ سهم خرج اسمه فهو له، ثمّ تخرج اخری لشخص آخر و هکذا.

و فی الثانی- و هو ما کانت الحصص متفاوتة، کالمثال المتقدّم الذی قد تقدّم: أنّه تجعل السهام علی أقلّ الحصص و هو السدس- یتعیّن فیه أن تؤخذ الرقاع بعدد الرءوس؛ یکتب- مثلًا- علی إحداها زید، و علی الاخری عمرو، و علی الثالثة بکر، و تستر کما مرّ. و یقصد أنّ کلّ من خرج اسمه علی سهم، کان له ذلک مع ما یلیه بما یکمّل تمام حصّته، ثمّ تخرج إحداها علی السهم الأوّل، فإن کان علیها اسم صاحب السدس تعیّن له، ثمّ تخرج اخری علی السهم الثانی، فإن کان علیها اسم صاحب الثلث کان الثانی و الثالث له، و یبقی الرابع و الخامس و السادس لصاحب النصف، و لا یحتاج إلی إخراج الثالثة. و إن کان علیها اسم صاحب النصف کان له الثانی و الثالث و الرابع، و یبقی الباقی لصاحب الثلث. و إن کان ما خرج علی السهم الأوّل اسم صاحب الثلث کان الأوّل

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۱۸۹

و الثانی له، ثمّ تخرج اخری علی السهم الثالث، فإن خرج اسم صاحب السدس فهو له، و تبقی الثلاثة الأخیرة لصاحب النصف. و إن خرج اسم صاحب النصف کان الثالث و الرابع و الخامس له، و یبقی السادس لصاحب السدس. و قس علی ذلک غیره.

(مسألة ۱۴): الظاهر أنّه لیست للقرعة کیفیة خاصّة

(۱)، و إنّما تکون منوطة بمواضعة القاسم و المتقاسمین؛ بإناطة التعیّن بأمر لیست إرادة المخلوق دخیلة فیه؛ مفوّضاً للأمر إلی الخالق جلّ شأنه؛ سواء کان بکتابة رقاع، أو إعلام علامة فی حصاة أو نواة أو ورق أو خشب، أو غیر ذلک.

لیست للقرعة کیفیة خاصّة

(۱) ۱- قال فی الجواهر فی بیان کیفیة القرعة: «بأن یُکتب أسماءُ الشرکاء أو السهام، کلٌّ فی رقعة و تصان و یؤمر من لم یطّلع علی الحال بإخراج إحداها علی اسم أحد المتقاسمین أو أحد السهام، هذا إن اتّفقت السهام قدراً. و لو اختلفت، قسّم علی أقلّ السهام، و جعل لها أوّل یعیّنه المتقاسمون، و إلّا الحاکم و تکتب أسماؤهم، لا أسماء السهام؛ حذراً من التفریق، فمن خرج اسمه أوّلًا أخذ من الأوّل، و اکمل نصیبه منها علی الترتیب، ثمّ یخرج الثانی إن کانوا أکثر من اثنین، و هکذا» «۱».

ثمّ قال: «و بذلک تتمّ القسمة، من غیر حاجة إلی شیءٍ آخر، من رضی

---

(۱)- جواهر الکلام ۲۶: ۳۰۹.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۱۹۰

...

بعده و غيره، فى قسمة الإجبار و غيرها» «۱».

و أنت ترى أنّه لم يستند فى كيفية القرعة إلى نصّ أو إجماع أو دليل آخر.

و قال فى المسالك- فى ذيل كلام المحقّق فى بيان كيفية القرعة- ما لفظه:

«و ما ذكره من كتابة الأسماء و السهام و وضعه فى بندقة من طين و نحوه، هو المشهور فى استعمال الفقهاء، و لكن لا يتعيّن. فلو جعلها بالأقلام و الحصى و الورق و ما جرى مجراها مع مراعاة الستر، كفى» «۲».

و حاصل الكلام: أنّ المعيار فى كيفية القرعة مراعاة الستر فى كتابة السهام و الأسماء و الرُّقَع المكتوبة و كذا فى إخراجها. و لا ريب فى أولوية ما هو أدقّ رعاية و أقلّ كلفة و أخصر طريقاً من الطرق المذكورة، كما يستفاد ذلك من كلمات الشهيد «۳» و غيره من فحول المحقّقين.

و قال فى الجواهر- بعد نقل كلام صاحب الشرائع فى كيفية القسمة-:

«و الظاهر عدم وجوب خصوص كتابة الرقاع و عدم الصون فى ساتر، بل و عدم وجوب كون المأمور مكلّفاً، بل و غير ذلك من القيود المزبورة؛ إذ المراد حصول التعيين من غير اختيارهما أو وكيلهما، بل يفوّضان أمره إلى اللّه تعالى و يفعلان ما يفيده و إن كان الأولى الاقتصار على المأثور و المعهود» «۴».

و ليس مراده من المأثور ورود كيفية خاصّة فى رواية بل مراده الكيفية المأثورة فى فتاوى الأصحاب.

(۱)- جواهر الكلام ۲۶: ۳۰۹.

(۲)- مسالك الأفهام ۱۴: ۴۱.

(۳)- نفس المصدر.

(۴)- جواهر الكلام ۴۰: ۳۴۴- ۳۴۵.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۱۹۱

(مسألة ۱۵): الأقوى أنّه تتمّ القسمة بإيقاع القرعة كما تقدّم، و لا يحتاج إلى تراضٍ آخر بعدها

(۱)، فضلًا عن إنشائه و إن كان أحوط فى قسمة الردّ.

هل يعتبر الرضا بعد القرعة؟

(۱) ۱- مقتضى التحقيق عدم اعتبار الرضا بعد القرعة لتعيين السهام و تخصيصها بآحاد الشركاء فى قسمة الإفراز و التعديل، فيما إذا تراضوا بالقرعة قبلها مطلقاً، بلا فرق بين ما إذا تراضوا بالقرعة بعد الاختلاف التجاءً إليها، و بين ما إذا تبانوا على تعيين السهام بالقرعة ابتداءً من دون اختلاف.

و أمّا إذا لم يتراضوا بالقرعة قبلها، فقد وقع الخلاف فى اعتبار الرضا بعدها و عدم اعتباره حينئذٍ.

و وجه اعتبار الرضا بعد القرعة فى قسمة الردّ أنّها تتضمّن معاوضة بين نصف المقدار الزائد- الواقع فى السهم الأكثر- و بين عوضه المردود إلى ذى السهم الأقلّ.

و صحّة المعاوضة بحاجة إلى التراضى. و قد ردّه فى الجواهر بأنّ القسمة فى جميع أقسامها كالمعاوضة التى يدّعيها الخصم؛ حيث

قال: «مع أنّها فى الجميع كالمعاوضة التى يدّعيها الخصم» «۱».

و أمّا وجه عدم اعتباره أنّ بالقرعة يخرج سهم المحقّ و تتنجّز بها القسمة، هذا، مع حصول التراضى بالقرعة قبلها.

---

(۱)- نفس المصدر ۲۶: ۳۱۰.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۱۹۲

...

و قد نسب فى الجواهر «۱» اعتبار الرضا بعد القرعة فى لزوم قسمة الردّ إلى المبسوط و التحرير و الإرشاد و الدروس و الإيضاح و المسالك، و غاية المرام و الرياض.

و لكن ظاهر نسبة المحقّق و العلّامة ذلك إلى القيل عدم اعتباره بعدها، بل فى الجواهر «۲» صريح الدروس. و هو الأقوى. و ذلك لأنّ بالقرعة يخرج سهم المحقّ و تحلّ المشكلة و يرتفع الجهل، كما نطقت بذلك نصوص القرعة، و بعد ذلك فأىّ حاجة إلى التراضى؟! هذا مع حصول التراضى قبل القرعة بتبانى الشركاء عليها.

بل صرّح المحقّق بالإشكال فى اعتبار الرضا معلّلًا بما قلنا؛ حيث قال:

«و فى هذا- أى اعتبار الرضا بعد القرعة- إشكال؛ من حيث إنّ القرعة وسيلة إلى تعيين الحقّ و قد قارنها الرضا» «۳».

و قال فى الجواهر: «نعم، الظاهر عدم اعتبار الرضا بعد القرعة مع فرض سبق الرضا بالقسمة بها؛ ضرورة ظهور أدلّتها فى اقتضائها التعيين و التمييز، فمع حصوله بها لا دليل على عوده» «۴».

و أيضاً نسب فى الجواهر إلى المشهور اعتبار الرضا بعد القرعة، و أشكل عليه بوجوه ثلاثة؛ حيث قال بعد بيان كيفية القرعة: «و بذلك تتمّ القسمة، من غير حاجة إلى شى‌ءٍ آخر من رضى بعده و غيره فى قسمة الإجبار و غيرها،

---

(۱)- جواهر الكلام ۴۰: ۳۵۰.

(۲)- نفس المصدر.

(۳)- نفس المصدر: ۳۲۹.

(۴)- نفس المصدر: ۳۳۱.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۱۹۳

...

بل و لا- فى قسمة الردّ إذا كان القاسم فى الجميع منصوباً. أمّا إذا كانت من غيره و لو منصوباً منهما، فالمشهور على ما قيل الاحتياج إلى رضا بعد القرعة، خصوصاً فى قسمة الردّ لاشتمالها على المعاوضة المتوقّفة على ما يدلّ على الرضا بذلك.

و قد يشكل أوّلًا: بالاكتفاء بالرضا بالقرعة.

و ثانياً: بفحوى الاكتفاء بها فى قسمة الإجبار، و فيما إذا كان القاسم منصوباً من الإمام، مع أنّها فى الجميع كالمعاوضة التى يدّعيها الخصم.

و ثالثاً: بما دلّ من نصوص القرعة على كونها مميّزة للحقّ، و مشخّصة له، و ملزمة به، بل لعلّ ذلك هو حكمة مشروعيتها، و بذلك يخرج عن أصالة بقاء المال على الإشاعة» «۱».

و یرد علی إشکال الأوّل، أنّ الکلام فیما إذا لم یتراضوا بالقرعة، بل کانت بحکم الحاکم.

و علی إشکاله الثانی، أنّ القرعة عند صاحب الجواهر تعیین الحصص و تمییز حقوق الشرکاء عن الإبهام فهذا الإشکال مخالف لمبناه.

و أمّا إشکاله الثالث فلا غبار علیه. و العمدة فی عدم اعتبار الرضا بعد القرعة هی هذا الوجه؛ لأنّ نصوصها تنادی بأعلی صوتها أنّ السهم الخارج بالقرعة قد أخرجه اللّه بحکمه و قضائه. و لا اعتبار بإرادة المخلوقین و لا رضاهم بعد حکم الخالق سبحانه و تعالی.

فالأقوی عدم اعتبار الرضا بعد القرعة مطلقاً، کما أفاده السید الماتن قدس سره.

---

(۱)- جواهر الکلام ۲۶: ۳۰۹- ۳۱۰.

(مسألة ۱۶): لو طلب بعض الشرکاء المهایاة فی الانتفاع بالعین المشترکة:

اشارة

إمّا بحسب الزمان؛ بأن یسکن هذا فی شهر و ذاک فی شهر مثلًا، و إمّا بحسب الأجزاء؛ بأن یسکن هذا فی الفوقانی و ذلک فی التحتانی مثلًا، لم یلزم علی شریکه القبول، و لم یجبر إذا امتنع (۱)،

لا یجوز الإجبار علی قسمة المهایاة

(۱) ۱- قال فی مجمع البحرین: تهایأ القوم تهایؤاً؛ إذا جعلوا لکلّ واحدٍ هیئة معلومة، و المراد النوبة. و المهایاة فی کسب العبد أنّهما یقسمان الزمان بحسب ما یتّفقان علیه و یکون کسبه فی کلّ وقت لمن ظهر له بالقسمة.

و المقصود من المهایاة تقسیم الانتفاع من العین المشترکة بین الشرکاء، إمّا بحسب أجزائها أو بحسب الزمان.

و أمّا عدم جواز إجبار الممتنع علی قسمة المهایاة فی مفروض کلام السید الماتن، فالوجه فیه:

أوّلًا: أنّها لیست بقسمة إفراز و لا تعدیل؛ نظراً إلی عدم تعدیل السهام بها؛ لعدم تساوی منفعة الجزءین من الأرض أو البناء، و لا تساوی مقدار المنفعة فی الزمانین غالباً.

و ثانیاً: عدم خلوّها من احتمال الضرر؛ لاحتمال نقصان المنفعة المنتفعة بها فی إحدی النوبتین من المنفعة فی النوبة الاخری. و ثالثاً: أنّه منافٍ لسلطة الناس علی أموالهم. و ذلک لأنّ الشریک الممتنع مالکٌ لحصّته من عین المال المشترک. فله الامتناع من کیفیة الانتفاع، بل من أصل الانتفاع بها و مطالبة عین ماله أو قیمتها.

...

و إجباره علی خلاف مطلوبه فی ماله منافٍ لسلطته علی ماله.

قال فی الجواهر: «ثمّ إنّ الظاهر ما صرّح به فی الدروس و اللمعة و الروضة و غیرها، من عدم وجوب الإجابة إلی المهایاة؛ أی قسمة المنفعة بالأجزاء، أو بالزمان، کأن یسکن أو یزرع هذا الجزء المعیّن، بل فی الأخیر: سواء کان ممّا یصحّ قسمته إجباراً أم لا، و أنّه لا یلزم الوفاء بها لو أجاب إلیها، فیجوز لکلّ منهما فسخها. و حینئذٍ فلو استوفی أحدهما ففسخ الآخر أو هو، کان علیه اجرة حصّة

الشریک» «۱».

و الضابطة فی جواز الإجبار علی المهایاة عدم توجّه الضرر و الحرج بها إلی الممتنع عنها، و عدم المنافاة لسلطته علی ماله. و من هنا لو عُدّت قسمة المهایاة فی مورد من قبیل قسمة الإفراز؛ بأن قُسّمت أجزاءُ المال متساویةً، یجوز إجبار الممتنع علیها، کما فی قسمة الماء بحسب الساعات أو الأیام مع العلم بتساوی مقدار الماء الخارج فی کلّ ساعة أو یوم. فیجوز حینئذٍ إجبار الممتنع علیها، کما سبق فی کتاب المشترکات من کتابنا دلیل تحریر الوسیلة. و ممّا یؤید ذلک قوله تعالی: «وَ نَبِّئْهُمْ أَنَّ الْمٰاءَ قِسْمَةٌ بَیْنَهُمْ» «۲».

هذا، و لکن قسمة الماء حینئذٍ بالکیفیة المزبورة من قبیل قسمة الإفراز فی الحقیقة. و إنّ إطلاق قسمة المهایاة علیها فی باب المشترکات مسامحی، و إنّما هو بلحاظ ابتناء القسمة حینئذٍ عن تناوب ساعات الزمان، و إلّا فهی فی الحقیقة لیست من قسمة المهایاة؛ لعدم کونها قسمة الانتفاع، بل إنّما هی قسمة العین المشترکة.

---

(۱)- جواهر الکلام ۲۶: ۳۱۴.

(۲)- القمر (۵۴): ۲۸.

نعم یصحّ مع التراضی لکن لیس بلازم (۱)، فیجوز لکلّ منهما الرجوع. هذا فی شرکة الأعیان. و أمّا فی شرکة المنافع فینحصر إفرازها بالمهایاة، لکنّها فیها- أیضاً- غیر لازمة. نعم لو حکم الحاکم الشرعی بها فی مورد- لأجل حسم النزاع- یجبر الممتنع و تلزم (۲).

---

(۱) ۱- کان الکلام آنفاً فی الانتفاع من العین المشترکة مهایاةً؛ بأن یقسّم الشریکان منافعها علی نحو المهایاة کما سبق بیانه.

و أمّا فی هذا الفرع، فالکلام فی ما إذا کانت الشرکة فی المنفعة خاصّة، من دون اشتراک فی العین. کما لو استأجر أرضاً أو بستاناً أو خاناً، فاشترکا بذلک فی منافع العین المستأجرة، فیجوز لهما قسمة منافعها مهایاةً، بل القسمة تنحصر حینئذٍ فی المهایاة؛ إذ لا مناص لهما فی قسمتها من الانتفاع بالعین المستأجرة علی نحو المهایاة.

و إنّ قسمة المهایاة فی المنافع أیضاً غیر لازمة بل جائزة و من قبیل قسمة التراضی.

و الوجه فی ذلک عین ما عرفت آنفاً من الوجوه الثلاثة، و لعدم کون المهایاة تملیک عین بعوض کبیع أو إجارة أو نحوهما من العقود اللازمة، بل مجرّد تراضٍ علی کیفیة الانتفاع بالمال المشترک. و سیأتی نصّ کلام صاحب الجواهر لتعلیل ذلک فی ختام هذا الفرع. و لکن انحصار إفرازها بالمهایاة لا یستلزم جواز الإجبار علیها؛ لعدم کونها من قبیل قسمة الإفراز و لا التعدیل، و لما سبق من الوجوه آنفاً.

(۲) ۲- و ذلک أوّلًا؛ لتوقّف حسم مادّة النزاع و المخاصمة علی حکم الحاکم و لعدم جواز ردّ حکم الحاکم

کما ورد فی مقبولة ابن حنظلة: «فإذا حکم بحکمنا فلم

...

یقبل منه؛ فإنّما استخفّ بحکم اللّه و علینا ردّ، و الرادّ علینا الرادّ علی اللّه، و هو علی حدّ الشرک» «۱»

. و ثانیاً؛ لانحصار القسمة فی المهایاة حینئذٍ، و امتناع الشریک منها موجب لحرمان شریکه عن الانتفاع بماله، و فی ذلک ضررٌ علیه، مع أنّه مناف لسلطته علی ماله.

و أمّیا بدون حکم الحاکم، فلا یجوز الإجبار علیها، حتّی مع انحصار القسمة فیها؛ لما أشرنا إلیه آنفاً من عدم تعدیل السهام فیها و

تضرّر الممتنع و منافاة إجباره لسلطته على ماله، كما يمكن حسم مادّة النزاع، ببيع المال المشترك أو إجارته و تقسيم ثمنه أو اجرته بين الشركاء.

هل يجوز إجبار الممتنع عن المهاياة على البيع أو الإجارة؟

و على القول بعدم جواز إجبار الممتنع على قسمة المهاياة عند انحصار القسمة فيها، فهل يجوز إجباره على حكم الحاكم بإيجار المال المشترك أو بيعه و تقسيم اجرته أو ثمنه بين الشركاء؟ فيه كلام.

و قد أشار فى الجواهر إلى ذلك. فإنّه- بعد إفتائه بعدم جواز الإجبار على قسمة المنافع بالمهاياة، و نقله عن الروضة، حتّى فيما إذا لم تجز قسمة الإجبار- قال: «لكن قد يقال فيما إذا كانت قسمته ممتنعة: إنّه ينتزعه الحاكم منهما مع التعاسر و يؤجر عليهما إن كان له اجرة، جمعاً بين الحقّين و صوناً للمال عن التلف، و جبراً للضرر كما صرّح به فى الدروس، و لعل ذلك من السياسات بناءً على أنّ للحاكم ذلك و نحوه. و حينئذٍ لا ينحصر الأمر فى ذلك، فله حينئذٍ بيعه عليهم، مع كونه مقتضاها،

---

(۱)- وسائل الشيعة ۲۷: ۱۳۶، كتاب القضاء، أبواب صفات القاضى، الباب ۱۱، الحديث ۱.

(مسألة ۱۷): القسمة فى الأعيان بعد التماية و الإقراع لازمة

(۱)،

كما عن بعض العامّة من كون ذلك وجهاً، أمّا مع قطع النظر عنها. فالمتّجه ما صرح به بعضهم، من عدم وجوب بيع المشترك مع التنازع، و عدم إمكان القسمة و انتفاء المهاياة، لأصلى عدم الوجوب، و عدم صحّة البيع عليهم» «۱».

قوله: مع كونه مقتضاها؛ أى: مع كون بيعه عليهم مقتضى السياسة أيضاً كالإيجار.

و الوجه فى عدم وجوب البيع و الإجبار عليه مع قطع النظر عن السياسة و حسم النزاع، عدم خلوّه من الضرر و منافاته لسلطة الناس على أموالهم.

و أمّا عدم صحّة البيع؛ فلعدم حصول التراضى عليه، فهو من التجارة عن غير تراض.

و مقتضى التحقيق: أنّه لو امتنع عن المهاياة و لم يمكن قسمة الإجبار، و عن البيع و الإيجار، لا إشكال فى جواز إجبار الحاكم على الإيجار و تقسيم المنفعة أو على قسمة الردّ، و إلّا فعلى البيع و قسمة الثمن بينهم؛ حسماً لمادّة النزاع، فإنّ ذلك من اختيارات الحاكم و داخل فى ولايته.

القسمة لازمة بعد القرعة

(۱) ۱- كما قال فى الشرائع: «و تكون بتعديل السهام و القرعة»، و قال فى المسالك فى شرحه، «أى تكون القسمة الإجبارية تامّة بذلك. فمتى حصلت القرعة، لزمت» «۲». و الوجه فيه:

---

(۱)- جواهر الكلام ۲۶: ۳۱۴.

(۲)- مسالك الأفهام ۴،: ۳۲۰.

و ليس لأحد من الشركاء إبطالها و فسخها، بل الظاهر أنّه ليس لهم فسخها و إبطالها بالتراضى، لأنّ الظاهر عدم مشروعية الإقالة فيها (۱).

أوّلًا: حكم الشارع بنفوذ القرعة و صحّتها و إخراج حقّ المحقّ بها، فلا يحتاج إلى تمليك المخلوق بعد تمليك الخالق تعالى. فإنّ حكم الشارع بكون الخارج بالقرعة حقّاً للمحقّ، يفيد فائدة التمليك و اللزوم، فلا يجوز نقض حكم الشارع و إزالة تمليكه بالفسخ.

و يمكن استفادة ذلك من كلام صاحب الجواهر؛ حيث قال: «و القرعة لاستخراج خصوص ما لكلّ منهما من المصداق المتردّد واقعاً، فتكشف حينئذٍ عن كون حقّه فى الواقع ذلك، و لو لسبق علم اللّه تعالى بوقوعها عليه، و لا يحتاج بعد إلى عموم، أو عقد آخر يقتضى الملك أو اللزوم. فتأمّل جيّداً، فإنّه دقيق نافع» «۱».

و ثانياً: بأنّ القرعة جعلت فى لسان نصوصها لرفع مشكلة النزاع بين المتخاصمين كما ورد أنّ

«القرعة لكلّ أمر مشكل»

، لأنّها عُدِّل بحكم الشارع بخروج حقّ المحقّ بها. فهى فاصلة الخصومة، فلا بدّ من إفادتها لزوم القسمة الحاصلة بها، و إلّا لم تُفصل بها خصومة و نزاع أبداً. و هذا فى الحقيقة هو مراد الأصحاب، من اعتبار القرعة حال عدم تراضى الشركاء. كما قال فى الجواهر: «إنّ مراد الأصحاب اعتبار القرعة حال عدم التراضى؛ لأنّها العدل» «۲».

(۱) ۱- لظهور أدلّة القرعة فى كون السهم الخارج بها لمن خرج اسمه بحكم الشارع. فهى كاشفةٌ عن كون القسمة بالقرعة لازمة بحكم الشارع تعبُّداً. و تدلّ

---

(۱)- جواهر الكلام ۲۶: ۳۱۲.

(۲)- نفس المصدر: ۳۱۳.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۲۰۰

...

بذلك على كون لزومها حكمياً غير قابل للإقالة، و ليس من قبيل اللزوم الحقّى القابل لذلك.

بيان ذلك: أنّ لزوم الوفاء تارة: يكون فى المعاملات ثابتاً بعنوان حقّ لطرفى العقد. و لازمه جواز رفع اليد عنه للمتعاملين بالإقالة و الفسخ و نحو ذلك.

و اخرى: يكون ثابتاً بعنوان حكم شرعى تعبّدى، فلا يجوز حينئذٍ التخلّف عنه. و قد يُعبّر عن الأوّل باللزوم الحقّى، كما فى باب العقود المعاوضية اللفظية، سواءٌ كانت تنجيزية كالبيع و الإجارة و الصلح، أو تعليقية، كالجعالة و السبق و الرماية.

و السرّ فى ذلك أنّ بقول المتعاملين: «بعت و اشتريت» - مثلًا- كما يُنشأ مدلوله المطابقى- و هو المبادلة بين المالين- كذلك ينشأ مدلوله الالتزامى؛ و هو التزامهما بما أنشأناه. و هو يوجب لزوم العقد. و هذا اللزوم حقّى مالكى، و قد أمضاه الشارع بقوله: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»؛ حيث أنشأه المتعاقدان بما لهما من السلطة على مالهما و حقّ التصرّف فيه كيف شاءا، و لم يشرّعه الشارع بالتعبّد الصرف.

و من هنا يجرى فيه الإقالة، و حقّ الفسخ بجعل الخيار، سواءٌ كان باشتراط المتعاقدين، أو بجعل الشارع.

فلو كان اللزوم فى هذا القسم ثابتاً لذات المُنشأ بحكم الشارع تعبّداً، لما صحَّ جعل الخيار فيه، لا بجعل الشارع كخيار الحيوان و المجلس أو بجعل من المتعاقدين كخيار الشرط.

و يُعبّر عن الثانى باللزوم الحكمى، كما فى باب النكاح و الضمان و الهبة لذى الرحم، و نحو ذلك من العقود التى لا يجرى فيها الإقالة

و لا جعل الخيار. و سمّى بذلك؛ لأنّه ثابت لذات العقد بحكم الشارع تعبّداً.

و إنّما يُستكشف ذلك بالدليل الدالّ على عدم جواز الإقالة و اشتراط خيار

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۲۰۱

...

الفسخ فى بعض العقود. فإنّ فى باب النكاح- مثلًا- يُستكشف من عدم صحّة الإقالة و عدم صحّة جعل الخيار لأحد الزوجين، أنّ اللزوم فيه حكم شرعى تعبّدى غير قابل للإزالة بإقالة أو فسخ. و كذلك الهبة لذى الرحم و الضمان و نحوه.

و يشهد لما قلنا كلام المحقّق النائينى، فإنّ له كلاماً مبسوطاً فى المقام، و إليك نصّ بعض مواضع كلامه.

قال: «باب العقد على قسمين: لزوم حكمى تعبّدى، و لزوم حقّى.

فالأوّل: كما فى باب النكاح و الضمان و الهبة لذى الرحم، و نحو ذلك من القربات التى لا رجعة فيها، فإنّ فى باب النكاح- مثلًا- يستكشف من عدم صحّة الإقالة، و عدم صحّة جعل الخيار لأحد الزوجين أنّ اللزوم فيه حكم شرعى تعبّدى من لوازم ذاته ... و الثانى كما فى باب العقود المعاوضية اللفظية، تنجيزيةً كانت كالصلح و البيع و الإجارة، أو تعليقيةً كالسبق و الرماية.

فإنّ بقوله: «بعت» ينشأ أمران:

أحدهما: مدلول مطابقىّ للّفظ، و هو تبديل أحد طرفى الإضافة بمثله الذى ينشأ بالفعل أيضاً؛ لأنّه أيضاً مصداق لعنوان البيع بالحمل الشائع الصناعى.

و ثانيهما: مدلول التزامى له، و هو التزامهما بما انشئ ... ثمّ إنّ هذا اللزوم العقدى حقّ مالكى أمضاه الشارع بقوله: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ». فإنّه إذا كان من منشآت المتعاقدين، لا من التعبّد الصرف يصير حقّاً مالكياً، و لذا يجرى فيه الإقالة و حقّ الفسخ، فإنّه لو كان اللزوم من لوازم ذات المنشأ لما صحّ جعل الخيار فى مقابله، سواء كان بجعلٍ شرعى كخيار الحيوان و المجلس، أو بجعلٍ من المتعاقدين كخيار الشرط» «۱».

---

(۱)- منية الطالب ۱: ۱۵۶- ۱۵۸.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۲۰۲

و أمّا بغير القرعة فلزومها محلّ إشكال (۱).

هذا، و لكن يمكن الاستدلال على عدم مشروعية الإقالة فى القرعة بأنّ سهم كلّ واحد إنّما خرج له و تعيّن بحكم الشارع تعبّداً و صار ملكه، و المخرج يحتاج إلى سبب شرعى جديد ناقل، و لا تصحّ الإقالة لذلك؛ لأنّها مزيلة لسببية العقد، و ليس سبباً مستقلّاً للنقل. نعم لو جدّد الشركاءُ عقد الشركة، فإنّه يصلح لتبديل الملكية المفرزة بالقرعة مشاعاً، و إرجاعها إلى الحالة السابقة. و لا يخفى عليك أنّ هذا الكلام كلّه فيما إذا كانت القسمة بالقرعة.

(۱) ۱- و علّل ذلك فى الجواهر بعدم كون مجرّد الرضا بالقسمة من الأسباب المملّكة، فضلًا عن إفادة اللزوم. فإنّه- بعد ما أنكر كون المدار فى صحّة القسمة على مجرّد الرضا بها، و إلّا لم يعتبر فيها تعديل السهام، مع عدم كون فاقد التعديل من القسمة-، قال ما لفظه: «على أنّ هذا الرضا بعد فرض عدم اندراجه فى عقد من العقود المملّكة، كيف يكون سبباً لنقل المال إلى الآخر، فضلًا عن لزومه، و ليس فى القسمة عموم أو إطلاق يقتضى ذلك كى يكون حينئذٍ أمراً مستقلّاً برأسها» «۱».

و أمّا كون القسمة إجبارية و جواز الإجبار على قسمة الإفراز و التعديل، لا ينافى اعتبار القرعة فى لزومها؛ لما قلناه آنفاً. و عليه فما جاء

فی کلماتهم من الإجبار علی قسمة الإفراز و التعدیل، یحمل علی ما إذا کانا بالقرعة أو بحکم الحاکم، بعد تعدیل السهام.

(۱)- جواهر الکلام ۲۶: ۳۱۲.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۲۰۳

...

ثمّ إنّ من النکات التی ینبغی الالتفات إلیها فی المقام: أنّ أصل ملکیة الحصّة لکلّ شریک لا تحصل بالقسمة- حتّی بحکم الحاکم أو القرعة- بل إنّما تتعیّن الحصّة المملوکة بها و تتبدّل الملکیة من الإشاعة إلی المفرزة. فالذی تفیده القسمة تعیین الملک و إفراز الحصّة المملوکة لکلّ شریک، لا إیجاد أصل الملک، و من هنا قیل: إنّ القسمة لیست من أسباب الملک، بل هی سبب لإفرازه و تبدیله من الإشاعة إلی المفرزة.

و أمّا قسمة الردّ، فالظاهر أنّه لا یجوز الإجبار علیها و لو بالقرعة؛ لأنّ القرعة إنّما شُرّعت لتعیین السهام و إخراج سهم المحقّ، و لا تتمّ قسمة الردّ، إلّا بوقوع المعاوضة بین ما نقص من السهم الأقلّ و بین ما یقابله من العوض. و لا تُجوّز القرعة الإجبار علی ذلک، بل تتوقّف صحّتها علی التراضی حتّی تکون من التجارة عن تراض. کما أنّ القرعة لا تجوّز الضرر علی من یرد علیه الضرر بالقسمة.

هذا، و قد یخطر بالبال أنّه لا یبعد القول بلزوم قسمة الإفراز و التعدیل، لکن لا بمجرّد التراضی، بل لأجل تعدیل السهام فیهما؛ نظراً إلی أن الشرکاء بعد وصول سهم کلّ واحد منهم إلیه بالتعدیل، من دون أیّ ضرر، لا حقّ لبعضهم فی الامتناع و الفسخ.

و لکن لا- یخفی أنّه علی فرض لزومها، فإنّها لزوم حقّی، و یجوز فیه الإقالة و اشتراط خیار الفسخ، کما سبق آنفاً فی بیان الفرق بین اللزوم الحقّی و الحکمی.

و ممّا یؤیّد لزوم القسمة فی نفسها ارتکاز المتشرّعة و سیرتهم الجاریة علی عدم ثبوت حقّ الرجوع و الفسخ بعد القسمة، إلّا باشتراط ذلک قبلها.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۲۰۴

(مسألة ۱۸): لا تشرع القسمة فی الدیون المشترکة

اشارة

(۱)، فإذا کان لزید و عمرو معاً دیون علی الناس بسبب یوجب الشرکة کالإرث، فأرادا تقسیمها قبل استیفائها، فعدّلا بینها و جعلا ما علی الحاضر- مثلًا- لأحدهما، و ما علی البادی للآخر، لم تفرز، بل تبقی علی إشاعتها.

عدم مشروعیة قسمة الدین المشترک

(۱) ۱- هذا هو المشهور، کما صرّح به فی جامع المقاصد «۱».

و یمکن أن یستدلّ علی عدم جواز قسمة الدین المشترک تارة: بمقتضی القاعدة، و اخری: بدلالة النصوص علی ذلک.

و أمّا القاعدة المقتضیة لذلک، فهی: عدم جواز قسمة الدین المشترک.

و الوجه فی ذلک: أمّا بناءً علی کون القسمة نوع معاوضةٍ فی الحقیقة، فلرجوع قسمة الدین المشترک حینئذٍ فی الحقیقة إلی معاوضة الدین بالدین، المعبّر عنه ببیع الکالی بالکالی. و قد اتّفق النصّ و الفتوی علی بطلانه، بل بطلان مطلق معاوضتهما.

و ذلک لأنّ القسمة لا تتحقّق إلّا بتملیک کلّ شریک سهمه- المشاع المنتقل إلی الآخر- بالتعیین و الإفراز، و إلّا لا یملک المنتقل إلیه تمام الحصّة المعیّنة له؛ نظراً إلی کون نصفها المشاع ملکاً للشریک الآخر قبل القسمة. و ذلک لسریان الملکیة المشاعة- الثابتة لجمیع الشرکاء قبل القسمة- إلی جمیع أجزاء المال المشترک، بلا

(۱)- جامع المقاصد ۸: ۳۷.

...

فرق فی ذلک بین العین و الدین. و علیه فلا بدّ فی قسمة الدین أیضاً من تملیک کلّ شریک سهمه المشاع- المنتقل إلی الآخر بالقسمة- حتّی تصیر الحصّة المعیّنة بالقسمة ملکاً للآخر بتمامها، و إلّا لا یملک تمامها و لا تتمّ القسمة.

و أمّا بناءً علی کون القسمة تعیین الحصص المشاعة، لا معاوضة و لا نقلًا، فلعدم تحقّق تعیین الحصّة المشاعة من الدین المشترک بمجرد التقاول و التبانی علی ذلک، و لا بمجرد قبض مقدار منه لنفسه، کما أفاد ذلک فی الجواهر «۱».

هذا هو مقتضی القاعدة.

و أمّا النصوص: فقد دلّ علی عدم جواز قسمة الدین المشترک عدة نصوص معتبرة مثل:

صحیح غیاث بن إبراهیم عن جعفر بن محمّد عن أبیه عن آبائه عن علی علیه السلام:

فی رجلین بینهما مال، منه بأیدیهما، و منه غائب عنهما. فاقتسما الذی بأیدیهما، و احتال کلّ واحد منهما بنصیبه. فقبض أحدهما و لم یقبض الآخر. فقال علیه السلام: «ما قبض أحدهما فهو بینهما، و ما ذهب فهو بینهما» «۲».

قوله:

«و احتال کلّ واحد منهما بنصیبه»

أی بنصیبه من الدین. و ذلک بقرینة قوله:

«فاقتسما الذی بأیدیهما»

أی اقتسما الدین. و المقصود أنّ کلّ واحد من الشریکین أحال صاحبه إلی غریم فی قبض سهمه من الدین حسبما تبانیا و اقتسماه.

و صحیح معاویة بن عمار، قال: سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن رجلین بینهما مال بعضه بأیدیهما و بعضه غائب عنهما فاقتسما الذی بأیدیهما و احتال کلّ واحد منهما بحصّته من الغائب، فاقتضی أحدهما و لم یقتض الآخر. فقال علیه السلام: «ما

(۱)- جواهر الکلام ۲۶: ۳۱۱- ۳۱۲ و ۳۳۴.

(۲)- وسائل الشیعة ۱۸: ۴۳۵، کتاب الضمان، الباب ۱۳، الحدیث ۱.

...

اقتضی أحدهما فهو بینهما، ما یذهب بماله»؟! «۱».

قوله: «بحصّته من الغائب» أی من المال الغائب، و هو أعمّ من العین الموجودة فی ید الغریم الغائب و من الدین، بلحاظ کونه کلّیاً فی الذمّة، لا جزئیاً خارجیاً حاضراً کالعین.

و نظیره صحیح محمّد بن مسلم «۲».

و صحیح عبد اللّه بن سنان عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: سألته عن رجلین بینهما مال منه دین، و منه عین، فاقتسما العین و الدین، فتوِی الذی کان لأحدهما من الدین أو بعضه، و خرج الذی للآخر، أ یُرَدُّ علی صاحبه؟ قال: «نعم، ما یذهب بماله» «۳».

و الظاهر أنّ لفظة «ما» فی قوله: «ما یذهب بماله؟» استفهامیة؛ أی ما الذی ذهب بماله. و هذا الاستفهام إنکاری. و المقصود أنّ قسمة الدین و تلف الدین المجعول لأحدهما، لا یوجب ذهاب حقّه من الدین المشترک.

و یظهر من المحدّث المجلسی کون ما نافیة؛ أی ما یذهب القابض بماله.

قال قدس سره: «قوله علیه السلام: ما یذهب بماله؛ أی ما یذهب القابض بمال من لم یقبض» «۴».

و لکن التفسیر الأوّل أنسب.

و صحیح سلیمان بن خالد، قال: سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن رجلین کان لهما

---

(۱)- تهذیب الاحکام ۷: ۱۸۶/ ۸۲۰.

(۲)- نفس المصدر: / ۸۱۹.

(۳)- وسائل الشیعة ۱۹: ۱۲، کتاب الشرکة، الباب ۶، الحدیث ۲.

(۴)- نقله مصحّح التهذیب فی هامشه عن المحدّث المجلسی فی کتابه ملاذ الأخیار فی شرح تهذیب الأخیار، و راجع تهذیب الأحکام تصحیح علی أکبر الغفاری ۷: ۲۲۱، باب الشرکة، ذیل الحدیث ۴.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۲۰۷

...

مال بأیدیهما و منه متفرّق عنهما فاقتسما بالسویة، ما کان فی أیدیهما، و ما کان غائباً عنهما، فهلک نصیب أحدهما ممّا کان غائباً و استوفی الآخر، علیه أن یردّ علی صاحبه؟ قال علیه السلام: «نعم ما یذهب بماله» «۱».

و قد عقد فی الوسائل باباً بعنوان «عدم جواز قسمة الدین المشترک قبل قبضه» «۲».

تقریب دلالتها علی المطلوب: أنّ هذه النصوص قد دلّت علی ذهاب الدین التالف من کیس الشریکین کلیهما، فیما لو قسّماه و کان التالف من حصّة أحدهما.

و معنی ذلک عدم الاعتبار بقسمة الدین المشترک.

و الذی یقتضیه التحقیق فی المقام أنّ هذه النصوص ناظرة إلی صورة التراضی و حصول الإذن من الشریک بالقبض، و لو لزعم القسمة الفاسدة و نحوها، کما استظهر ذلک فی الجواهر و جزم بالشرکة فی المقبوض فی هذه الصورة. و أخرجه عن محلّ الکلام، بقوله: «لکن هذه النصوص- بل و المتن و ما شابهه- مشتملة علی الجزم بالشرکة. و ما ذاک إلّا لحصول الإذن من الشریک بالقبض، و لو لزعم القسمة الفاسدة و نحوها. و حینئذٍ یتّجه الجزم بشرکة المقبوض» «۳».

کلام صاحب الجواهر فی تنقیح محلّ النزاع

و قال قدس سره فی تحریر محلّ النزاع: «إنّما الکلام فیما إذا قبض أحد الشریکین حصته لنفسه من دون إذن شریکه، و قد ذکر غیر واحد من الأصحاب، بل نسب إلی

---

(۱)- وسائل الشیعة ۱۸: ۳۷۰، کتاب التجارة، أبواب الدین و القرض، الباب ۲۹، الحدیث ۱.

(۲)- وسائل الشیعة ۱۹: ۱۲، کتاب الشرکة، الباب ۶.

(۳)- جواهر الکلام ۲۶: ۳۳۰.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۲۰۸

...

المشهور أنّ للشریک مشارکة الآخر فیما قبض، و له مطالبة الغریم بمقدار حصّته» «۱».

و مرجع ذیل کلامه إلی تخییر غیر القابض بین مطالبة سهمه المقبوض من الشریک القابض و بین مطالبته من الغریم.

و یظهر من کلامه هذا أنّ محلّ الکلام بین المشهور و بین غیرهم- کابن إدریس و الشهید الثانی و المحقّق الأردبیلی- فی جواز قسمة الدین المشترک و عدمه، إنّما هو فیما إذا قبض أحد الشریکین حصّته لنفسه من دون إذن شریکه.

و قال فی تحریر کلام المشهور ما حاصله: إنّ الشریک الآخر لو أجاز القابض ملک سهمه الموجود فی یده، کالفضولی، و تبعه النماء. و إن ردّه ملکه القابض و تعیّن المقبوض کلُّه له. و علی أیّ حال یضمن القابض، إلّا أن یتلف قبل اختیار الشریک الآخر فلا یضمن له ویتعیّن حقّ القابض فی التالف حینئذٍ.

و الوجه فیه ظاهراً عدم کون القبض بإذن شریکه و لا باختیاره. و لکنّه خلاف مقتضی قاعدة من أتلف مال الغیر فهو له ضامن؛ لأنّها تقتضی کون القابض ضامناً لشریکه نصف التالف. و لعلّه لبّ مراد صاحب الجواهر فی الإشکال علی ذلک.

ثمّ أشکل علی ذلک بأنّه لا ینطبق علی القواعد الشرعیة؛ لأنّ الشرکة مع الإجازة و إن اتّجهت بناءً علی تأثیر الإجازة اللّاحقة فی مثل المقام، مع ما فیه من الإشکال و المنع من وجوه، بل لم نجده فی کلام غیر الشهید الثانی.

و لکن اختصاص المقبوض کلّه بالقابض مع الردّ، لا وجه له؛ لعدم کون المقبوض مال الشرکة مع عدم الإجازة. و لیس للقابض، إلّا نصف المال المشاع.

و نیّة الدافع کون المقبوض سهم القابض لا تنفع، و إن وافقتها نیّة القابض، بل حتّی مع رضا الشریک الآخر؛ لعدم صحّة مثل هذه القسمة.

---

(۱)- نفس المصدر.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۲۰۹

...

و ردّ دعوی جواز قسمة الدین مراعاةً بقبض الشریک الآخر- فإن لم یقبض بقی علی الشرکة و الإشاعة- بأنّه حدس و تخرُّصٌ بلا دلیل، بل مخالف لما هو المعروف من عدم صحّة قسمة الدین، مع أنّه إذا لم یکن المقبوض من مال الشرکة فی صورة عدم لحوق إجازة الشریک الآخر، کیف یکون منه فی صورة عدم قبضه.

ثمّ أشکل فی کون المقبوض کلّه للقابض بالردّ- لو لا الإجماع- بل و لا بعضه، إلّا بتراضی الشریکین علی اختصاص کلّ منهما بما فی یده، بعد قبض الشریک الآخر ما یقابل المقبوض من سهمه. و إلّا یبقی المال المقبوض علی الشرکة و الإشاعة، و لغیر القابض حینئذٍ الرجوع علی القابض و أخذ نصیبه.

و أمّا کون رضا الشریک الآخر فی البدایة مفیداً لملک نصیبه متزلزلًا حتّی القبض و إن کان محتملًا، إلّا أنّ الأقوی خلافه «۱».

قال قدس سره: «و حینئذٍ فإن لم یکن ثمة إجماع أشکل الحکم بملک القابض جمیع ما قبضه، بعد عدم الإجازة، بل و لا بعضه. اللّهم إلّا أن یقال: إنّه برضا الشریک یکون المقبوض حصّة للقابض بتمحّض المقبوض مالًا للشرکة، بل هو فی الحقیقة إجازة بذلک. نعم جعله حصّة له، لا یَتُمُّ قسمةً، إلّا بقبض الشریک مقابله، علی وجه یقع الرضا منهما معاً بأنّ لکلّ منهما ما فی یده. فمع فرض عدمه یبقی ذلک المال المقبوض علی الشرکة، فله الرجوع علیه، و أخذ نصیبه منه؛ إذ لم یدخل فی ملک القابض. و ذلک الرضا الذی وقع من الشریک أوّلًا بکون ما قبضه حصّة له، لا یفید

(۱)- جواهر الکلام ۲۶: ۳۳۰- ۳۳۱.

...

تملیکاً، مع احتماله، لکن علی جهة التزلزل، إلّا أنّ الأقوی خلافه، و إن کان ذلک کلّه کما تری» «۱».

کلام ابن إدریس و نقده

و خالف ابن إدریس المشهور فی محلّ النزاع «۲»، و استدلّ له بتسعة وجوه:

۱- إنّ اشتراک الدین فی الذمّة لا یمنع من تعیین حقّ واحد فی معیّن، کما أنّ الاشتراک فی العین لا یمنع من ذلک.

و أجاب عنه فی الجواهر بأنّه مصادرة محضة، خصوصاً بعد ما عرفت من تحقّق الإشاعة فی العین، کلّیة کانت أو شخصیة. فکذلک فی الدین.

۲- إنّ لکلّ واحد أن یبرئ الغریم من حقّه، و یصالح منه علی شیءٍ، بحیث إذا استوفی شریکه لم یلحقه فیه. و هذا فرع صحّة تعیین الدین المشترک و قسمته.

و أجاب عنه فی الجواهر: بأنّ إبراءَ أحدهما الغریم أو الصلح معه بشیءٍ یُمحِّضُ الباقی للشریک الآخر، و أنّ الإبراء یتعلّق بالمشاع علی إشاعته، و کذا الصلح. فمع فرض حصولهما و عدم تصوّر ملک الشخص علی نفسه، لَیتمحّض الباقی للشریک الآخر، و قد ذکر طرق متعدّدة لاختصاص کلّ منهما بما یأخذه إذا أراد، إلّا أنّه خروج عن مفروض المسألة.

قوله: «عدم تصوّر ملک الشخص علی نفسه»، کأنّه أراد بذلک عدم معقولیة کون الغریم- المبَرأ عنه- دائناً بالنسبة إلی نفسه؛ بمعنی أنّه کما کان الدائن- و هو الشریک المبرئ- مالکاً لما فی ذمّة الغریم و مالکاً علیه، کذلک یکون الغریم مالکاً

(۱)- جواهر الکلام ۲۶: ۳۳۱- ۳۳۲.

(۲)- راجع السرائر ۲: ۴۰۲- ۴۰۳.

...

علی نفسه کالدائن بالنسبة إلیه. و من هنا إذا أبرأ أحد الشریکین الغریم فی سهمه، یتمحّض الباقی للشریک الآخر.

و حاصل هذا الجواب: أنّ استدلال ابن إدریس فی الوجه الثانی، یبتنی علی کون الإبراء متوقّفاً علی تعیین متعلّقه من الدین. و هو غیر صحیح؛ نظراً إلی تعلّق الإبراء بالدین المشاع فیبرئ الشریک سهمه من الدین علی إشاعته و أمّا تمحّض الباقی للشریک الآخر فأمر

قهری. و هذا بخلاف القبض فإنّه فرع تعیین سهمه من الدین؛ لعدم صحّة قبض السهم المشاع لأحد الشرکاء، ما لم یخرج عن الإشاعة.

۳- إنّ متعلّق الشرکة بینهما هو العین، و قد ذهبت، و لم یبق لهما إلّا دین فی ذمّة الغریم. فإذا أخذ أحدهما نصیبه، لم یأخذ عیناً من أعیان الشرکة، فلا یشارکه الآخر فیما أخذه.

و أجاب عنه فی الجواهر: بأنّه مصادرة محضة، کما عرفت فی جوابه عن الدلیل الأوّل.

۴- إنّ ما فی الذمّة لا یتعیّن إلّا بقبض المالک أو وکیله، و إنّ الشریک القابض لم یقبض سهمه، إلّا لنفسه. و علیه فلیس للشریک الآخر سهماً فیما قبضه الشریک الأوّل بمطالبة حقّه.

و أجاب عنه فی الجواهر: بأنّه مبنیٌّ علی ملک الشریک لما قبضه الآخر قهراً بدون إذن شریکه و لا لحوق إجازته، و القائل لا یلتزمه، بل یشترطه بالإجازة علی الوجه الذی سمعت. مقصوده أنّ القائل بملک أحد الشریکین لما قبضه الآخر- و هو المشهور القائل بعدم قسمة الدین المشترک- إنّما یلتزم بذلک فی صورة عدم إذن الشریک بشرط لحوق إجازته کالفضولی. و قد سبق آنفاً بیان ذلک فی تنقیح کلام صاحب الجواهر.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۲۱۲

...

۵- إن وجب الأداء بالمطالبة بحقّه، وجب أن لا یکون للشریک فیه حقّ، لکن المقدّم حقّ بالاتّفاق، فالتالی مثله.

بیان ذلک: أنّه لو طلب أحد الشریکین حقّه و سهمه من الدین، وجب أداؤه بمجرّد مطالبة حقّه. و علیه فلا حقّ للشریک الآخر فیما طالبه الأوّل. و ذلک لأنّ وجوب أداء حصّة أحد الشریکین بمجرّد مطالبته فرع التمکّن من تسلیمها شرعاً؛ لاستحالة التکلیف بالممتنع غیر المشروع. فإذا ثبت تمکّنه من دفعها- علی أنّها للشریک- و دَفَعَها کذلک، امتنع أن یکون للشریک الآخر فیها حقّ.

و أجاب عنه فی الجواهر: بأنّه بعد تسلیم أنّ له المطالبة منفرداً، و وجوب الأداء له، لا یقتضی ذلک ما ذکره الخصم، بل یمکن أن یکون و لو بالجمع مع شریکه؛ بأن یطالب من الغریم الدین المشترک، لا سهمه خاصّة، و ذلک فی فرض لحوق الإجازة من الشریک الآخر- بعد قبض شریکه الدین المشترک من الغریم- و إن لم یکن بإذنه فی البدایة. أو بتعیُّن حقّه بأحد الوجوه المعیّنة له عن صاحبه، بصلح و نحوه. بأن یطالب حقّه بعد تعیینه بإبراء شریکه أو بالمصالحة معه.

۶- لو کان للشریک الآخر فی المدفوع حقّ، لزم وجه قبح، و هو تسلط الشخص علی قبض مال غیره بغیر إذن. مع فرض جواز الدفع و مشروعیته، فهو کاشف عن عدم سلطة الشریک الآخر فیه.

و ردّه فی الجواهر بما سبق منه آنفاً من توقّف ثبوت الحقّ للشریک الآخر علی إجازته، فلا جهة قبح فیه.

۷- لو کان للشریک الآخر فی المدفوع حقّ، لوجب أن یبرئ من مقدار حقّه من المدفوع؛ لأنّه لو لم یُبرأ لزم دخول مقدار من سهمه فی المقبوض مع أنّه

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۲۱۳

...

لا یُرید قبضه، و یرجع ذلک إلی الجمع بین بقاء الدین فی الذمّة و بین قبض عوضه.

مع أنّه غیر ممکن؛ لاستحالة بقاء الدین فی الذمّة، مع صحّة قبض عوضه. لکنّ التالی باطل عندهم؛ لکونهم یحکمون بأنّه مخیّر فی الأخذ من أیّهما شاء.

قوله: لکنّ التالی؛ أی وجوب الإبراء. و قوله: من أیّهما شاء؛ أی من الشریک القابض و من الغریم.

و مقصوده من العوض هو المقبوض من الـدين. و وجه التعبير بذلک أنّ المقبوض من الدين فی الحقيقة عوض عمّا فی الذمّة، أو لأنّه عوض من المال المشترک الذی باعه الشرکاءُ نسيئةً.

و ردّه فی الجواهر: بأنّه مع الإجازة، لا إشکال فی تعيُّن الإبراء عنـد عـدم إرادة القبض. و التخيير حينئـذٍ إنّما هو فی الإجازة و عـدمها، کما عرفت ذلک مفصّلًا، أو فی القسمة علی الوجه الذی ذکرناه من الإبراء أو المصالحة.

قال رحمه الله: «علی أنّ التخيير المزبور لم أجده فی الخلاف و النهاية و الوسيلة، بل الموجود «شارک» مثل عبارة المتن و ما شابهها، و ظاهرهم تعيّن الشرکة. و ليس ذلک إلّا لإذن الشـريک فی القبض. فإنّه يکون حينئـذٍ من مال الشـرکة، و إن نوی لنفسه. بل لو أذن له الشـريک فی القبض لنفسه فقبض، يکون أيضـاً مشترکـاً؛ لمعلوميـة کون القيـد لغواً؛ لعـدم إمکانه. و النصوص المزبورة محمولـة علی الإذن، فلا يقدح عموم ما اقتضی أحدهما، لما عرفت» «۱».

و لا يخفی أنّ مقصوده من القيد فی قوله: «کون القيد لغواً» قبض الشريک

---

(۱)- جواهر الکلام ۲۶: ۳۳۳- ۳۳۴.

دليل تحرير الوسيلة - الشرکة و القسمة، ص: ۲۱۴

...

لنفسه، فإنّ قصده کون القبض لنفسه لا أثر له.

و قوله: «بل الموجود شارک مثل عبارة المتن»، أراد به کلام صاحب الشـرائع؛ حيث قال: «إذا باع الشـريکان سـلعةً صـفقةً، ثمّ اسـتوفی أحدهما منه شيئاً، شارکه الآخر فيه» «۱».

و قوله: «فلا يقدح عموم ما اقتضی أحدهما»: أی عموم قوله عليه السلام:

«ما اقتضی أحدهما»

فی نصوص المقام- کصـحيحتی ابن مسـلم و معاويـة بن عمّار «۲» - و شـموله لصورتی قبض مجموع الـدين و قبض حصّـته لنفسه، لا يقـدح فی حصول القسـمة بالإبـراءِ أو المصالحـة عنـد عـدم لحوق الإجازة من الشـريک الآخر لو قبض صاحبه بغير إذنه. و ذلک لأنّ النصوص ناظرة إلی ما إذا کان قبض أحدهما بإذن الآخر.

و السرّ فی تعرّضه لدفع القدح المزبور، أنّ ابن إدريس أجاب عن المشـهور- فی استدلالهم بنصوص المقام- بأنّ المقبوض من الدين کما يحتمل کونه خصوص القابض لنفسه، کـذلک يحتمل کونه مجموع الـدين المشترک. و لا تتمّ دلالتها علی مطلوب المشـهور، إلّا علی الاحتمال الأوّل، و لکنّه غير متعيّن؛ لأنّ قوله عليه السلام:

«ما اقتضی أحدهما»

يحتمل الأمرين.

و أشکل عليه المحقّق الکرکی: بأنّ لفظة «ما» فی القول المزبور للعموم، فالصورتان المزبورتان کلتاهما داخلتان فی عموم

«ما اقتضی أحدهما»

، مضافاً إلی قرينية ترک الاستفصال علی ذلک.

---

(۱)- نفس المصدر: ۳۳۰.

(۲)- تهذيب الأحکام ۷: ۱۸۶/ ۵ و ۶.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۲۱۵

...

و قد نقل المحقّق الكركى كلام ابن إدريس و المناقشة فيه، فراجع «۱».

۸- لو نهاه الشريك عن قبض حقّه، فإن تمكّن شرعاً من المطالبة بحصّته، وجب أن لا يكون للشريك فيها حقّ، و إلّا لا يجوز له أخذ حقّه بمنع الشريك إيّاه من القبض. و لمّا يتمكّن من ذلك شرعاً و يجوز له أخذ حقّه مع منع الشريك، فيثبت المطلوب.

و ناقش فيه صاحب الجواهر بما تقدّم منه فى الجواب عن الوجه الخامس.

۹- إنّ المقبوض إمّا أن يكون مالًا مشتركاً، أو لا. فإن كان مشتركاً وجب على تقدير تلفه أن يتلف منهما، كسائر أموال الشركة، و تبرأ ذمّة الغريم منه، و إلّا لم يكن للشريك فيه حقّ. و لمّا لا يكون تلفه بعد القبض عليهما، بل يذهب من كيس الآخذ، فيثبت المطلوب.

و قد أجاب عنه فى الجواهر بما تقدّم منه فى الجواب عن الوجه السابع و غيره.

انتهى تحرير كلام ابن إدريس «۲»، و مناقشات صاحب الجواهر فيه «۳».

---

(۱)- أمّا كلام ابن إدريس فنقله- بعد ذكر بعض النصوص- بقوله: و لا صراحة فيها بالنسبة إلى المدّعى؛ لأنّ المقتضى لم يصرّح بكونه هو مجموع الدين أو حصّة المقتضى فقط، و دلالتها على المطلوب متوقّفة على إرادة الأمر الثانى و ذلك غير معلوم و اللفظ يحتمل الأمرين. ثمّ ناقش فيه المحقّق الكركى بقوله: هذا محصل ما ذكره ابن إدريس عن الأخبار على تقدير تسليم كونها حجّة. و يرد عليه: أنّ «ما» الواقعة فى الجواب للعموم، و العبرة بعموم اللفظ، و كذا ترك الاستفصال فى حكاية الحال المحتملة يقتضيه أيضاً. جامع المقاصد ۸: ۳۸.

(۲)- راجع السرائر ۲: ۴۰۳.

(۳)- جواهر الكلام ۲۶: ۲۳۲- ۲۳۴.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۲۱۶

...

و قد مال إلى كلام ابن إدريس فى جامع المقاصد؛ حيث قال: «و لا يخفى أنّ بعض هذه الوجوه فى غاية القوّة و المتانة. و الروايات لا تقاومها، مع أنّها قابلة للتأويل. فمختار ابن إدريس قوىّ متين، كما اعترف به المصنّف فى المختلف، و إن كان الوقوف مع المشهور أولى» «۱».

كلّ ذلك نقله فى الجواهر «۲» ثمّ قال:

«و تبعه على ذلك ثانى الشهيدين، إلّا أنّ الجميع كما ترى، بعد التأمّل الجيّد فيما ذكرنا، مع قطع النظر عن النصوص».

كلام العلّامة الحلّى فى التذكرة

و قال فى التذكرة: «لا يصحّ قسمة ما فى الذمم- إلى قوله: - فلو تقاسما، ثمّ توى بعض المال، يرجع من توى ماله على من لم يتو. و به قال ابن سيرين...

و قال أيضاً فيها: لو كان لرجلين دين بسبب واحد؛ إمّا عقد أو ميراث أو استهلاك أو غيره، فقبض أحدهما منه شيئاً، فللآخر مشاركته فيه، و هو ظاهر مذهب أحمد بن حنبل.

إلی قوله: و لأنّ تملّک القابض ما قبضه یقتضی قسمة الدین فی الذمّة من غیر رضا الشریک، و هو باطل، فوجب أن یکون المأخوذ لهما، و الباقی بینهما، و لغیر القابض الرجوع علی القابض بنصفه، سواء کان باقیاً فی یده أو أخرجه عنها، و له أن یرجع علی الغریم؛ لأنّ الحقّ ثابت فی ذمّته لهما علی وجه سوی، فلیس له تسلیم حقّ أحدهما إلی الآخر. فإن أخذ من الغریم، لم یرجع علی الشریک بشیءٍ؛ لأنّ حقّه ثابت فی أحد المحلّین، فإذا اختار أحدهما سقط حقّه من الآخر.

---

(۱)- جامع المقاصد ۸: ۳۹.

(۲)- جواهر الکلام ۲۶: ۳۳۲- ۳۳۳.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۲۱۷

...

و لیس للقابض منعه من الغریم، بأن یقول: أنا أعطیتک نصف ما قبضت، بل الخیرة له من أیّهما شاء قبض. فإن قبض من شریکه شیئاً رجع الشریک علی الغریم بمثله. و إن هلک المقبوض فی ید القابض، تعیّن حقّه مشارکته؛ لثبوته فی الأصل مشترکاً.

و لو أبرأ أحد الشریکین الغریم من حقّه، برأ؛ لأنّه بمنزلة قبضه منه. و لیس للشریک الرجوع علیه بشیءٍ؛ لأنّه لم یقبض شیئاً من حقّ الشریک» «۱».

مناقشة المحقّق الأردبیلی فی کلام العلّامة و نقدها

و أشکل علیه المحقّق الأردبیلی بوجوه أهمّها:

۱- إنّ الذی قبضه الشریک، إن تعیّن کونه من الدین المشترک، لیس لشریکه الرجوع إلی الغریم فی حصّته منه.

و أنّه لو تلف فی یده یکون التالف منهما؛ لأنّ الحقّ المشترک قد تعیّن فی المأخوذ، فهو لهما. و لا یجوز حینئذٍ للشریک التصرّف فیه بوجه، إلّا أن یأذن شریکه. و لا یجب الأداء علی المدیون، بل لا یجوز.

۲- إنّ قوله من غیر رضا الشریک یشعر بأنّه مع الرضا یصحّ القسمة. و هو کما تری؛ لاتّفاق الأصحاب علی عدم صحّة القسمة حینئذٍ.

۳- إنّ قوله: «فوجب أن یکون المأخوذ لهما و الباقی بینهما» صریح فی کونهما شریکین فی المقبوض، فینبغی أن یکون التالف منهما. و لازم ذلک أن لا یکون للشریک الرجوع إلی الغریم «۲».

و قال المحقّق المزبور: «و کأنّه لا خلاف عندهم، إلّا عن ابن إدریس فی أنّ

---

(۱)- تذکرة الفقهاء ۲: ۲۲۸.

(۲)- مجمع الفائدة و البرهان ۱۰: ۲۰۷- ۲۰۶.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۲۱۸

...

ما فی الذمّة مطلقاً لا یقبل القسمة، فکلُّ ما یأخذه أحدهما شارکه الآخر، سواءٌ کان فی ذمم متعدّدة أو فی ذمّة واحدة» «۱».

ثمّ قال، بعد نقل کلام العلّامة و الإشکال علیه: «و الذی یعلم من کلامهم أنّ الدین المشترک لم یقبل القسمة، سواءٌ کان فی ذمّة واحدة أم متعدّدة، بمعنی أنّه علی تقدیر القسمة برضاهما، ما یحصل لکلّ منهما، و ما یبقی و یتلف فهو لهما.

فيرجع حينئذٍ بحصّته ممّا حصل، على الآخر. و لا تدلّ الروايات أيضاً على أكثر من ذلك» «۲».

ثمّ إنّه قد ضعّف أسناد نصوص المقام تبعاً للشهيد الثانى فى المسالک «۳».

و لکنّه فى غير محلّه. و ذلک لما نقلناه و استدللنا به، من النصوص، فإنّ كلّها صحيحة السند، كما لا إشكال فى دلالتها على المطلوب.

نعم، هى ناظرة إلى صورة تراضى الشريكين على قبض كلٍّ منهما حصّته لنفسه.

و لا خلاف بين الأصحاب فى عدم صحّة قسمة الدين المشترک حينئذٍ.

و لا كلام فى ذلک.

و إنّما الكلام فيما إذا كان قبض أحدهما بغير إذن الآخر.

استظهار صاحب الحدائق من نصوص المقام و نقده

و قد استظهر ابن إدريس من نصوص المقام أنّها دلّت على بطلان قسمة الدين المشترک فيما إذا توى و هلک سهم الآخر. و لا دلالة لها على بطلانها فيها إذا لم يتو

---

(۱)- نفس المصدر: ۲۰۵.

(۲)- نفس المصدر: ۲۰۸.

(۳)- مسالک الأفهام ۴: ۳۳۵.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۲۱۹

...

سهم الآخر، بل ظاهر نصوص المقام صحّة القسمة حينئذٍ. غاية الأمر حينئذٍ إذا قبض أحدهما سهمه من الدين و لم يقبض الآخر تكون القسمة جائزة. و أمّا إذا قبض الشريكان كلاهما سهمهما تكون لازمة.

قال قدس سره: «أ لا ترى أنّ الاخبار المتقدّمة كلّها متّفقة فى أنّه بعد القسمة، إن توى مال أحدهما و خرج مال الآخر، رجع من لم يقبض على من قبض؟

و إنّ رجوع من لم يقبض على من قبض، إنّما هو من حيث ذلک.

و لا دلالة فيها على المنع من القسمة، مع وصول كلّ حقّ إلى مستحقّه، بل ظاهرها أنّه مع ذلک فالقسمة صحيحة. فإنّ قوله، من جملتها «ما يذهب بماله» ظاهر، فى أنّه لو لم يذهب شىء من المال، كانت صحيحة.

و حينئذٍ فلو فرضنا وقوع القسمة بغير رضاها؛ بأن أخذ أحد الشريكين حصّة من الغريم، على أنّها حصّته فقط، فليس للشريک الآخر مزاحمته و الأخذ منه؛ لأنّ حقّه فى ذمّة الغريم، و قد أعطاه حقّه، فيكون المال له، إلّا أنّ لزوم ذلک و صيرورته بحيث لا يزاحمه الشريک الآخر موقوف على وصول حقّ الشريک إليه و عدم تلفه، و هذا الوجه أنسب بالنظر إلى الأخبار كما عرفت، و الأوّل أنسب بالنسبة إلى كلام الأصحاب و اللّه العالم» «۱».

و فيه: أوّلًا: أنّ توى بعض الدين و تلفه إنّما جاء فى كلام الراوى. و لا شاهد فى كلام الإمام لتخصيص كلامه عليه السلام بهذه الصورة. بل إنّما جاءَ فى كلامه كبرى كلّية منطبقة على الأعمّ من صورة تلف بعض الدين فإنّ قوله عليه السلام:

«ما قبض أحدهما فهو بينهما»

، يدلّ بإطلاقه على الأعمّ من ذلک، كما هو واضح.

و ثانياً: لم يُفرض تلف سهم أحد الشريكين في بعض نصوص المقام،

---

(۱)- الحدائق الناضرة ۲۱: ۱۸۷- ۱۸۶.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۲۲۰

...

مثل صحيح غياث و صحيح معاوية و صحيح ابن مسلم.

و ثالثاً: لا وجه للزوم القسمة عند ما أخذ كلّ من الشريكين مقدار سهمه؛ ضرورة أنّ ذلك مبنى على تراضيهما على أخذ كلّ منهما مقدار سهمه، كما أشار إلى ذلك في الجواهر بقوله: «اللّهم إلّا أن يقال: إنّه برضا الشريك يكون المقبوض حصّة القابض بتمحّض المقبوض مالًا للشركة، بل هو في الحقيقة إجازة لذلك. نعم، جملة حصة له، لا يتمّ قسمة إلّا بقبض الشريك مقابله، على وجه يقع الرضا منهما معاً بأنّ لكلّ منهما ما في يده» «۱».

و مقتضى التحقيق في المقام: عدم صحّة قسمة الدين مطلقاً، سواءٌ كان قبض أحد الشريكين بإذن صاحبه، أو لم يكن؛ نظراً إلى اتّفاق النصّ و الفتوى في الصورة الاولى، و لرجوعه إلى بيع الكالي بالكالي في الثانية.

فالحقّ مع المشهور، و منهم الشيخ و المحقّق و العلّامة، بل و أكثر الأصحاب، و خلافاً لابن إدريس و المحقّق الكركي «۲» و الشهيد في المسالك؛ حيث قال:

«و بالجملة فالقول باختصاص القابض لا يخلو من قوّة، و إن كان الوقوف مع المشهور أولى» «۳».

هذا مضافاً إلى أنّ النصوص المزبورة قد دلّت على ذهاب دين الغائب عليهما، و إن قسّماه. فيُفهم منها أنّ القسمة لا اعتبار بها في دين الغائب، إلّا أن يبيع أحدهما دينه الحال المعجّل بعد قبضه بالدين المؤجّل بأقلّ منه؛ حيث يخرج حينئذٍ عن بيع الدين بالدين.

---

(۱)- جواهر الكلام ۲۶: ۳۳۱.

(۲)- جامع المقاصد ۷: ۳۹.

(۳)- مسالك الأفهام ۴: ۳۳۸.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۲۲۱

نعم لو اشتركا في دين على أحد و استوفى أحدهما حصّته؛ بأن قصد كلّ من الدائن و المديون أن يكون ما يأخذه وفاءً و أداءً لحصّته، فالظاهر تعيّنه و بقاء حصّة الشريك في ذمّة المديون (۱).

و هذه النصوص و إن وردت في صورة تراضي الشريكين بالقسمة، إلّا أنّها تدلّ بالفحوى على عدم صحّة قسمة الدين المشترك بمجرّد القبض القهري في صورة عدم التراضي.

و ذلك لأنّه في الصورة الثانية لم يحدث شيء غير القبض من غير تمهيد و توافق، بخلاف الصورة الاولى؛ لإمكان كون نفس التراضي بالقسمة و التوافق عليها، و لو بلحاظ تعيين من في ذمّته الدين- أعني الغريم- سبباً مميّزاً للحصّة و معيّناً لها لكلّ واحد من الشريكين و مخرجاً عن الإشاعة. فإذا دلّت النصوص على عدم صحّة قسمة الدين المشترك في هذه الصورة، تدلّ على عدم صحّتها في القبض القهري من دون تراضٍ بينهما و لا إذن من الشريك الآخر بالقبض، بالفحوى و الأولوية، و لا أقلّ من القطع بعدم خصوصية مائزة للصورة الثانية.

(۱) ۱- ظاهر السيد الماتن التفصيل فى المقام بين ما إذا كان للشريكين غرماء متعدّدون و بينما إذا كان لهما غريم واحد. و لكنّه خلاف إطلاق أكثر نصوص المقام، و إن كان فى قوله عليه السلام:

«و احتال كلّ واحد منهما بنصيبه»

إشارهٔ إلى صورهٔ تعدّد الغرماء، إلّا أنّ هذا التعبير لم يرد فى بعض نصوص المقام، كصحيحى عبد اللّه بن سنان و سليمان بن خالد «۱».

---

(۱)- وسائل الشيعهٔ ۱۹: ۱۲، كتاب الشركهٔ، الباب ۶، الحديث ۲ و ۱۸: ۳۷۰، كتاب الدين و القرض، الباب ۲۹، الحديث ۱.

دليل تحرير الوسيلهٔ - الشركهٔ و القسمهٔ، ص: ۲۲۲

...

فإطلاق مثل هذه النصوص ينفى هذا التفصيل. و قد ادّعى هذا التفصيل ابن إدريس و وجّه بذلك نصوص المقام بعد تسليم اعتبارها. و أجاب عنه فى الحدائق بإطلاق النصوص؛ حيث قال: «و أمّا من حيث الدلالهٔ فهى دالّهٔ بعمومها على جريان الحكم المذكور فى الدين مطلقاً، اتّحد المديون أو تعدّد، و تخصيصها كما ادّعاه ابن إدريس فيما قدّمنا نقله عنه بما: «إذا كان الدين على رجلين إلى آخر ما ذكره» يحتاج إلى مخصّص من الأخبار فليس، و به يظهر ما فى المناقشهٔ فى الدلالهٔ بأنّها غير صريحهٔ فى المطلوب، كما ذكره شيخنا المتقدّم ذكره» «۱»، و لا يخفى أنّ مقصوده من «الشيخ المتقدّم ذكره» ابن إدريس.

مقتضى التحقيق فى المقام

أنّ تعيّن الدين المستوفى بالقصد و بقاء حصّهٔ الشريك فى ذمّهٔ المديون- كما حكم به السيد الماتن قدس سره- منافٍ لإطلاق نصوص منع قسمهٔ الدين المشترك. و مجرّد القصد غير كافٍ لذلك بعد شمول الإطلاق المزبور، كما سبق آنفاً فى الجواب عن ابن إدريس فى الجواهر.

و قد يستدلّ لذلك

بصحيحهٔ عبد الرحمن بن الحجاج عن أبى الحسن عليه السلام: فى الرجل يكون عند بعض أهل بيته المال لأيتام، فيدفعه إليه فيأخذ منه دراهم يحتاج إليها، و لا يعلم الذى كان عنده المال للأيتام أنّه أخذ من أموالهم شيئاً، ثمّ ييسر بعد ذلك. أيّ ذلك خير له؟ أ يعطيه الذى كان فى يده أم يدفع إلى اليتيم و قد بلغ؟ و هل يجزيه أن يدفعه إلى صاحبه على وجه الصلهٔ، و لا يُعلِمُهُ أنّه أخذ له مالًا؟ فقال عليه السلام:

«يجزيه أيّ ذلك فعل إذا أوصله إلى صاحبه، فإنّ هذا من السرائر إذا كان من نيّته.

---

(۱)- الحدائق الناضرهٔ ۲۱: ۱۸۳.

دليل تحرير الوسيلهٔ - الشركهٔ و القسمهٔ، ص: ۲۲۳

(مسألهٔ ۱۹): لو ادّعى أحد الشريكين الغلط فى القسمهٔ أو عدم التعديل فيها و أنكر الآخر، لا تُسمع دعواه

(۱) إلّا بالبيّنهٔ، فإن أقامت نقضت و احتاجت إلى قسمهٔ جديدهٔ، و إن لم تكن بيّنهٔ كان له إحلاف الشريك.

إن شاء ردّه إلى اليتيم، إن كان قد بلغ على أيّ وجه شاء، و إن لم يعلمه أنّه كان قبض له شيئاً، و إن شاء ردّه إلى الذى كان فى يده، و

قال: إذا کان صاحب المال غائباً فلیدفعه إلی الذی کان المال فی یده» «۱»

؛ حیث دلّت علی عدم اعتبار قصد الیتیم الدائن أو من فی یده المال فی أداء الدین، و کفایة نیّة المدیون وحده، فضلًا عن نیّتهما معاً.

و لکنّه غیر وجیه لعدم ارتباط لهذه الصحیحة بمحلّ الکلام. و هو قبض أحد الشرکاء الدین المشترک لنفسه.

هذا، مع أنّ غایة مدلوله عدم اعتبار قصد الدائن أو وکیله أو ولیّه. و هذا لا یثبت المطلوب الذی هو عدم الکفایة؛ لأنّ الدلالة علی عدم الاعتبار غیر الدلالة علی الکفایة؛ حیث لا ینافیه.

حکم ما لو ادّعی أحد الشریکین الغلط فی القسمة

(۱) ۱- و ذلک لأنّ دعواه مخالفة لأصالة الصحّة، فعلیه البیّنة. و قول منکر الغلط لمّا کان موافقاً للأصل المزبور، یُقدّم بالیمین. فإنّ «البیّنة علی المدّعی و الیمین علی من أنکر».

---

(۱)- وسائل الشیعة ۱۷: ۲۶۱، کتاب التجارة، أبواب ما یکتسب به، الباب ۷۷، الحدیث ۱.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۲۲۴

...

و علّل لذلک فی المسالک و غیره «۱» بأصالة صحّة القسمة إلی أن یثبت مزیلها و ناقضها بإقامة البیّنة.

و أمّا إذا لم تکن بیّنة، فهل یتوقّف جواز إحلاف الشریک علی دعوی العلم بالغلط أو یجوز مطلقاً؟ الأقوی الثانی؛ لعموم «و الیمین علی من أنکر» «۲»، کما قال فی المسالک:

«و لو لم یُقم بیّنةً، و أراد تحلیف الشریک، مُکِّن منه إن ادّعی علیه العلم بالغلط، و إلّا فلا؛ لأنّ معه الأصل، خصوصاً إذا کان القاسم غیره، فإن التبعة علیه، لا علیه، مع عدم علمه. و قیل: له إحلاف الشریک مطلقاً. و هو الوجه؛ عملًا بالعموم» «۳».

قوله: «لأنّ معه الأصل» أی لأنّ مع منکر الغلط أصالة الصحّة. و قوله: «عملًا بالعموم»؛ أی عموم «و الیمین علی من أنکر».

و أمّا ما جاءَ فی المتن بقوله: «فإن أقامت»، خطأٌ. و الصحیح: فإن أقامها؛ أی أقام مدّعی الغلط البیّنة.

ثمّ إنّهم لم یفرّقوا بین ما لو کان القاسم الشریکان أنفسهما و بین ما لو کان القاسم غیره. فلو کان القاسم غیر الشریکین لا إشکال فی جریان أصالة الصحّة.

و أمّا جریانها بالنسبة إلی الفاعل نفسه کلامٌ بحثنا عنه مفصّلًا فی المجلّد الأوّل من کتابنا «مبانی الفقه الفعّال».

و علی أیّ حال لا إشکال فی کون قول منکر الغلط موافقاً للأصل.

---

(۱)- مسالک الأفهام ۱۴: ۵۴؛ جواهر الکلام ۴۰: ۳۶۰.

(۲)- وسائل الشیعة ۲۷: ۲۳۳، کتاب القضاء، أبواب کیفیة الحکم.

(۳)- مسالک الأفهام ۱۴: ۵۵.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۲۲۵

(مسألة ۲۰): لو قسّم الشریکان، فصار فی کلّ حصّة بیت، و قد کان یجری ماء أحدهما علی الآخر، لم یکن للثانی منعه

(۱)

لا یُمنع جریان الماء بعد القسمة

(۱) ۱- و ذلک لأنّ القسمة قد وقعت علی الدار بما لها من الخصوصیة. و کان جریان الماء علی أحد البیتین ثابتاً قبل القسمة، و قد وقع التعدیل علی تقسیم البیتین بما لهما من الخصوصیة و بحقوقهما و لیست القسمة مزیلةَ حقٍّ. و لأنّ علیه جرت سیرة العقلاء و المتشرّعة فی باب القسمة.

و السرُّ فی ذلک أنّ الذی تقتضیه القسمة بمقتضی مفهومها و ماهیتها هو تمییز حقوق الشرکاء، لا إزالة حقوق بعضهم. و فی مفروض الکلام کان جریان الماء حقّاً ثابتاً للشریکین قبل القسمة. فلا وجه لسقوطه عن من خرج له بالقسمة، بل هو باقٍ له بعد القسمة، کما کان.

و یشهد لما قلناه کلام صاحب الجواهر؛ حیث قال: «لو أخذ أحد الشریکین بیتاً فی دار و الآخر غیره، و بیت الأوّل یجری ماؤه فی حصّة الثانی لم یکن للثانی منعه من الجریان علیه، فإن التعدیل قد کان بأن یکون لکلّ منهما حصّة بحقوقها، إلّا أن یشترط حین القسمة ردّ الماء عنه، فإن أطلق بقی علی حاله» «۱».

(۱)- جواهر الکلام ۴۰: ۳۶۹.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۲۲۶

إلّا إذا اشترطا حین القسمة ردّه عنه. و مثله ما لو کان مسلک البیت الواقع لأحدهما فی نصیب الآخر من الدار (۱).

(مسألة ۲۱): لا یجوز قسمة الوقف

اشارة

(۲) بین الموقوف علیهم إلّا إذا وقع تشاحّ بینهم مؤدٍّ إلی خرابه،

(۱) ۱- حیث إنّ القسمة مبتیة علی ذلک حینئذٍ، فهو ثابت بعدها أیضاً، ما لم یشترطا خلاف ذلک. و الوجه فی ذلک ما عرفت، من مقتضی مفهوم القسمة و جریان السیرة.

لا یجوز قسمة الوقف

(۲) ۲- المعروف بین الأصحاب عدم مشروعیة قسمة الوقف. بل فی الجواهر:

«بلا خلاف أجده» «۱».

و قد علّل فی الشرائع لعدم مشروعیة قسمة الوقف بعدم انحصار الحقّ فی المتقاسمین. حیث قال: «و لا یُقسّم الوقف؛ لأنّ الحقّ لیس بمنحصر فی المتقاسمین».

و مقصوده أنّ البطون الموقوف علیهم لا- ینحصرون فی الذین قسّمت العین الموقوفة بینهم؛ إذ لا یمکن الوقوف علی تعداد البطون الذین لم یوجدوا و لم یتولّدوا بعدُ. فقد یزید تعدادهم عن عدد المفروضین الذین قُسّمت العین الموقوفة بینهم، کما قد یقل تعدادهم عن المقسوم علیهم الوقف.

و أنت تری أنّ هذا المحذور یدور مدار عدم العلم بتعداد الموقوف علیهم، کما فی الوقف علی البطون.

(۱)- جواهر الکلام ۴۰: ۳۱۵.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۲۲۷

...

و أمّا لو تعدّد الوقف أيضاً- كما لو وقف واقف نصف عينٍ على بطن و نصفه الآخر على بطن آخر، فلا محذور فى قسمة العين الموقوفة على نصفين حينئذٍ، فكلّ نصف لبطن. و كذلك الأمر لو تعدّد الواقف و الموقوف عليه، كما هو واضح.

و من هنا قال الشهيد فى المسالك فى شرح كلام المحقّق: «هذا إذا كان الواقف واحداً و إنّما التعدّد فى الموقوف عليه كالبطون المتعدّدة. فإنّ الحقّ يتغيّر بزيادتها و نقصانها. فربما استحقّ بعض بطون المتقاسمين أكثر ممّا ظهر بالقسمة لمورّثهم، و بالعكس. و كذا لو تعدّد الواقف و اتّحد الموقوف عليه، كما لو وقف جماعة على شخصٍ و على ذرّيته و أراد بعض الذرّية القسمة، لعين ما ذكر.

أمّا لو تعدّد الواقف و الموقوف عليه، كما لو وقف واقف نصف عينٍ على شخصٍ و ذرّيته، و آخر على غيره كذلك، جاز للموقوف عليهما الاقتسام بحيث يميّزان كلّ وقف على حدته، و كذا لذرّيتهما دون الذرّية الواحدة.

و لو كان التعدّد فيهما على غير هذا الوجه، كما لو وقف اثنان على كلّ واحدٍ من الاثنين، فحكمه حكم المتّحد.

و الضابطة أنّ الوقف الواحد لا تصحّ قسمته، و إن تعدّد الواقف و المصرف، و هو المراد من العبارة» «۱».

قال فى الحدائق: «قد صرّح الأصحاب بأنّه لا يصحّ قسمة الوقف؛ بأن يأخذ كلّ واحد من الشركاء فيه بعضاً و يتصرّف فيه على حدة.

و تفصيل هذا الإجمال أن يقال: إنّه متى كان الواقف واحداً أو متعدّداً و الموقوف عليه متعدّداً، كأن يقف زيد داره على ذرّيته من الموجودين و ما تناسل

(۱)- مسالک الأفهام ۴: ۳۲۱.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۲۲۸

...

منهم، وقفاً مؤبّداً مشتملًا على شرائط الصحّة و اللزوم، أو يكون نصف الدار لزيد، و نصفها لعمرو، فيقف كلّ منهما حصّته على تلك الذرّية مثلًا. فإنّه فى هذه الصورة لا يجوز للموقوف عليهم قسمة الوقف؛ لأنّه:

أوّلًا: على خلاف وضع الواقف و الموقوف على ما وقفت عليه، كما ورد به النصّ.

و ثانياً: أنّ الوقف ليس ملكاً لُاولئك الموجودين الآن، لمشاركة البطون الآخر لهم فى ذلك.

و ثالثاً: إنّ الحقّ يتغيّر بزيادة البطون و نقصانها. فربما استحقّ بعض بطون المتقاسمين أكثر ممّا ظهر بالقسمة لمورّثهم و بالعكس» «۱».

و أنت ترى أنّ الوجهين الأوّلين تتوقّف تماميتهما على الوجه الثالث. و ذلك لأنّه لو لا مغايرة عدد المقسوم عليهم الوقف مع تعداد البطون الموقوف عليهم، لا مخالفة فى البين لوضع الواقف و لا لكيفية وقفه.

و لكن زاد فى الجواهر «۲» فى التعليل لذلك: إنّه لا ولاية لمتولّى الوقف على قسمة الوقف.

بيان ذلك: أنّ الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها، كما ورد فى نصوص الوقف. و إنّما تثبت الولاية للمتولّى على العين الموقوفة على حسب ذلك الحدّ المشروع فى الوقف. و قسمة الوقف لمّا كانت مستلزمة لمخالفة حقّ الموقوف عليهم و موجبة لنقض حكم الشارع فى الوقف، لا ولاية للمتولّى عليها.

(۱)- الحدائق الناضرة ۲۱: ۱۷۶- ۱۷۷.

(۲)- جواهر الكلام ۲۶: ۳۱۵.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۲۲۹

و لا ترتفع غائلته إلّا بالقسمة، فيقسّم بين الطبقة الموجودة، و لا ينفذ (۱) التقسيم بالنسبة إلى الطبقة اللاحقة إذا كان مخالفاً لمقتضى الوقف؛ بسبب اختلاف البطون قلّة و كثرة.

نعم يصحّ إفراز الوقف عن الطلق و تقسيمهما (۲)؛ بأن كان ملك نصفه المشاع وقفاً و نصفه ملكاً، بل الظاهر جواز إفراز وقف عن وقف، و هو فيما إذا كان ملك لأحد؛ فوقف نصفه على زيد و ذرّيّته و نصفه على عمرو كذلك، أو كان ملك بين اثنين؛ فوقف أحدهما حصّته على ذرّيّته- مثلًا- و الآخر حصّته على ذرّيّته، فيجوز إفراز أحدهما عن الآخر بالقسمة. و المتصدّى لها الموجودون من الموقوف عليهم و وليّ البطون اللاحقة.

---

(۱) ۱- أى لا ينفذ التقسيم عند التشاح بين الطبقة الموجودة بالنسبة إلى اللاحقة.

و الوجه فيه عدم ولاية لهم على اللاحقة و لأنّه خلاف مقتضى الوقف و نيّة الواقف لعدم مطابقة الكيفيتين، و لا سيّما عند اختلاف البطون قلةً و كثرةً.

قسمة الوقف المشتمل على الملك

(۲) ۲- ثمّ إنّ ما سبق من الكلام كان فيما إذا كان المال وقفاً بتمامه. أمّا إذا كان بعضه وقفاً و بعضه ملكاً طلقاً، تصحّ قسمته كما صرّح به فى الشرائع.

و علّل ذلك بأنّ القسمة حينئذٍ موجبة لتمييز الوقف عن غيره؛ حيث قال: «لو كان الملك الواحد وقفاً و طلقاً صحّ قسمته؛ لأنّه تمييز للوقف عن غيره» «۱». و مراده أنّ القسمة حينئذٍ ليست فى الوقف نفسه، بل مرجعها إلى تفكيك الوقف عن الملك الطلق.

---

(۱)- جواهر الكلام ۲۶: ۳۱۵.

دليل تحرير الوسيلة - الشركة و القسمة، ص: ۲۳۰

...

ثمّ إنّ القسمة فى مفروض الكلام لو استلزمت ردّاً من جانب الموقوف عليه، وقع الكلام فى أنّ مقدار ما يقابل العوض المردود من المال، هل يكون وقفاً أو ملكاً له؟ الأقوى هو الثانى. و ذلك لأنّ الموقوف عليه دفع بإزاء ذلك المقدار عوضاً، فيدخل فى ملكه بإزاء ما دفعه من العوض، كما هو مقتضى أيّة معاوضة.

و يشهد لما قلنا كلام صاحب الجواهر؛ حيث قال: «ثمّ إنّ الظاهر مشروعية قسمة الوقف من الطلق، و إن استلزمت ردّاً من الموقوف عليه، لكن هل تكون الأجزاء المقابلة للردّ وقفاً أو ملكاً؟ وجهان: أقواهما الثانى» «۱».

و قال فى الجواهر فى بيان مقتضى التحقيق فى المسألة: «فالتحقيق أنّ الوقف متى كانت قسمته منافية لما اقتضاه الوقف باعتبار اختلاف البطون قلّةً و كثرةً و نحو ذلك، لم يجز قسمته. أمّا إذا لم يكن كذلك كما فى المثال، بل فيما لو اتّحد الواقف و تعدد المصرف، مثل ما لو وقف نصف داره على زيد مثلًا و ذرّيته و الآخر على عمرو و ذرّيته، لم يكن بأس فى قسمته، إلّا أنّ المتولّى لها الحاضرون من الموقوف عليهم، و وليُّ البطون» «۲».

و قد تبيّن وجه كلامه من ضوء ما بيّنّاه آنفاً. و قوله: «فى المثال» أى فى ما إذا كانت قسمة الوقف تمييزه عن الملك الطلق. و أمّا ما

جاء فی ذیل کلامه- من صورة اتّحاد الواقف و تعدّد المصرف- فهو متّحد الملاک مع قسمة الوقف المشتمل علی الملک الطلق فی عدم منافاة القسمة لمقتضی الوقف. و لا یخفی أنّ مشروعیة

---

(۱)- جواهر الکلام ۲۶: ۳۱۷.

(۲)- جواهر الکلام ۲۶: ۳۱۶.

دلیل تحریر الوسیلة - الشرکة و القسمة، ص: ۲۳۱

...

قسمة الوقف عن الطلق لا تبتنی علی رعایة المصلحة للموقوف علیهم لأنّ ملاک الجواز نفس تمییز الوقف عن غیره کما قال فی الجواهر.

هذا تمام الکلام فی أحکام القسمة من کتاب

دلیل تحریر الوسیلة.

الحمد للّه أوّلًا و آخراً و صلواته علی محمّد و آله

سرمداً. و قد تمّ بعون اللّه تعالی و لطفه فی لیلة

الخامس عشر من شهر ذی الحجّة بسنة ۱۴۲۵ ه. ق.

العبد الخجلان من ساحة ربّه الغفّار

علی أکبر السیفی المازندرانی.

درباره مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان

بسم الله الرحمن الرحیم

جاهِدُوا بِأَمْوالِکُمْ وَ أَنْفُسِکُمْ فی سَبیلِ اللَّهِ ذلِکُمْ خَیْرٌ لَکُمْ إِنْ کُنْتُم تَعْلَمُونَ (سوره توبه آیه ۴۱)

با اموال و جانهای خود، در راه خدا جهاد نمایید؛ این برای شما بهتر است اگر بدانید حضرت رضا (علیه السّلام): خدا رحم نماید بنده‌ای که امر ما را زنده (و برپا) دارد ... علوم و دانشهای ما را یاد گیرد و به مردم یاد دهد، زیرا مردم اگر سخنان نیکوی ما را (بی آنکه چیزی از آن کاسته و یا بر آن بیافزایند) بدانند هر آینه از ما پیروی (و طبق آن عمل) می کنند

بنادر البحار-ترجمه و شرح خلاصه دو جلد بحار الانوار ص ۱۵۹

بنیانگذار مجتمع فرهنگی مذهبی قائمیه اصفهان شهید آیت الله شمس آبادی (ره) یکی از علمای برجسته شهر اصفهان بودند که در دلدادگی به اهلبیت (علیهم السلام) بخصوص حضرت علی بن موسی الرضا (علیه السلام) و امام عصر (عجل الله تعالی فرجه الشریف) شهره بوده و لذا با نظر و درایت خود در سال ۱۳۴۰ هجری شمسی بنیانگذار مرکز و راهی شد که هیچ وقت چراغ آن خاموش نشد و هر روز قوی تر و بهتر راهش را ادامه می دهند.

مرکز تحقیقات قائمیه اصفهان از سال ۱۳۸۵ هجری شمسی تحت اشراف حضرت آیت الله حاج سید حسن امامی (قدس سره الشریف) و با فعالیت خالصانه و شبانه روزی تیمی مرکب از فرهیختگان حوزه و دانشگاه، فعالیت خود را در زمینه های مختلف مذهبی، فرهنگی و علمی آغاز نموده است.

اهداف :دفاع از حریم شیعه و بسط فرهنگ و معارف ناب ثقلین (کتاب الله و اهل البیت علیهم السلام) تقویت انگیزه جوانان و عامه

مردم نسبت به بررسی دقیق تر مسائل دینی، جایگزین کردن مطالب سودمند به جای بلوتوث های بی محتوا در تلفن های همراه و رایانه ها ایجاد بستر جامع مطالعاتی بر اساس معارف قرآن کریم و اهل بیت علیهم السّلام با انگیزه نشر معارف، سرویس دهی به محققین و طلاب، گسترش فرهنگ مطالعه و غنی کردن اوقات فراغت علاقمندان به نرم افزار های علوم اسلامی، در دسترس بودن منابع لازم جهت سهولت رفع ابهام و شبهات منتشره در جامعه عدالت اجتماعی: با استفاده از ابزار نو می توان بصورت تصاعدی در نشر و پخش آن همت گمارد و از طرفی عدالت اجتماعی در تزریق امکانات را در سطح کشور و باز از جهتی نشر فرهنگ اسلامی ایرانی را در سطح جهان سرعت بخشید.

از جمله فعالیتهای گسترده مرکز :

الف)چاپ و نشر ده ها عنوان کتاب، جزوه و ماهنامه همراه با برگزاری مسابقه کتابخوانی

ب)تولید صدها نرم افزار تحقیقاتی و کتابخانه ای قابل اجرا در رایانه و گوشی تلفن سهمراه

ج)تولید نمایشگاه های سه بعدی، پانوراما ، انیمیشن ، بازیهای رایانه ای و ... اماکن مذهبی، گردشگری و...

د)ایجاد سایت اینترنتی قائمیه www.ghaemiyeh.com جهت دانلود رایگان نرم افزار های تلفن همراه و چندین سایت مذهبی دیگر

ه)تولید محصولات نمایشی، سخنرانی و ... جهت نمایش در شبکه های ماهواره ای

و)راه اندازی و پشتیبانی علمی سامانه پاسخ گویی به سوالات شرعی، اخلاقی و اعتقادی (خط ۲۳۵۰۵۲۴)

ز)طراحی سیستم های حسابداری ، رسانه ساز ، موبایل ساز ، سامانه خودکار و دستی بلوتوث، وب کیوسک ، SMS و...

ح)همکاری افتخاری با دهها مرکز حقیقی و حقوقی از جمله بیوت آیات عظام، حوزه های علمیه، دانشگاهها، اماکن مذهبی مانند مسجد جمکران و ...

ط)برگزاری همایش ها، و اجرای طرح مهد، ویژه کودکان و نوجوانان شرکت کننده در جلسه

ی)برگزاری دوره های آموزشی ویژه عموم و دوره های تربیت مربی (حضوری و مجازی) در طول سال

دفتر مرکزی: اصفهان/خ مسجد سید/ حد فاصل خیابان پنج رمضان و چهارراه وفائی / مجتمع فرهنگی مذهبی قائمیه اصفهان

تاریخ تأسیس: ۱۳۸۵ شماره ثبت : ۲۳۷۳ شناسه ملی : ۱۰۸۶۰۱۵۲۰۲۶

وب سایت: www.ghaemiyeh.com ایمیل: Info@ghaemiyeh.com فروشگاه اینترنتی: www.eslamshop.com

تلفن ۲۵-۲۳۵۷۰۲۳- (۰۳۱۱) فکس ۲۳۵۷۰۲۲ (۰۳۱۱) دفتر تهران ۸۸۳۱۸۷۲۲ (۰۲۱) بازرگانی و فروش ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹ امور کاربران ۲۳۳۳۰۴۵(۰۳۱۱)

نکته قابل توجه اینکه بودجه این مرکز؛ مردمی ، غیر دولتی و غیر انتفاعی با همت عده ای خیر اندیش اداره و تامین گردیده و لی جوابگوی حجم رو به رشد و وسیع فعالیت مذهبی و علمی حاضر و طرح های توسعه ای فرهنگی نیست، از اینرو این مرکز به فضل و کرم صاحب اصلی این خانه (قائمیه) امید داشته و امیدواریم حضرت بقیه الله الاعظم عجل الله تعالی فرجه الشریف توفیق روزافزونی را شامل همگان بنماید تا در صورت امکان در این امر مهم ما را یاری نمایندانشاالله.

شماره حساب ۶۲۱۰۶۰۹۵۳ ، شماره کارت :۶۲۷۳-۵۳۳۱-۳۰۴۵-۱۹۷۳و شماره حساب شبا : -۰۶۲۱-۰۰۰۰-۰۰۰۰-۰۱۸۰-IR۹۰ ۵۳-۰۶۰۹به نام مرکز تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان نزد بانک تجارت شعبه اصفهان – خیابان مسجد سید

ارزش کار فکری و عقیدتی

الاحتجاج - به سندش، از امام حسین علیه السلام -: هر کس عهده دار یتیمی از ما شود که محنتِ غیبت ما، او را از ما جدا کرده

است و از علوم ما که به دستش رسیده، به او سهمی دهد تا ارشاد و هدایتش کند، خداوند به او می‌فرماید: «ای بنده بزرگوار شریک کننده برادرش! من در کَرَم کردن، از تو سزاوارترم. فرشتگان من! برای او در بهشت، به عدد هر حرفی که یاد داده است، هزار هزار، کاخ قرار دهید و از دیگر نعمت‌ها، آنچه را که لایق اوست، به آنها ضمیمه کنید».

التفسیر المنسوب إلی الإمام العسکری علیه السلام: امام حسین علیه السلام به مردی فرمود: «کدام یک را دوست‌تر می‌داری: مردی اراده کشتن بینوایی ضعیف را دارد و تو او را از دستش می‌رَهانی، یا مردی ناصبی اراده گمراه کردن مؤمنی بینوا و ضعیف از پیروان ما را دارد، امّا تو دریچه‌ای [از علم] را بر او می‌گشایی که آن بینوا، خود را بِدان، نگاه می‌دارد و با حجّت‌های خدای متعال، خصم خویش را ساکت می‌سازد و او را می‌شکند؟».

[سپس] فرمود: «حتماً رهاندن این مؤمن بینوا از دست آن ناصبی. بی‌گمان، خدای متعال می‌فرماید: «و هر که او را زنده کند، گویی همه مردم را زنده کرده است»؛ یعنی هر که او را زنده کند و از کفر به ایمان، ارشاد کند، گویی همه مردم را زنده کرده است، پیش از آن که آنان را با شمشیرهای تیز بکشد».

مسند زید: امام حسین علیه السلام فرمود: «هر کس انسانی را از گمراهی به معرفت حق، فرا بخواند و او اجابت کند، اجری مانند آزاد کردن بنده دارد».